

Scienze Sociali

2019

FRANCESCA ROSSI

Apparenza del diritto
e rapporti di fatto
nell'esperienza giuridica
di Roma antica

PREMIO TESI DOTTORATO
FIRENZE UNIVERSITY PRESS – UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE



Scienze Sociali
2019

FRANCESCA ROSSI

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

P R E M I O T E S I D O T T O R A T O
F I R E N Z E U N I V E R S I T Y P R E S S – U N I V E R S I T À D E G L I S T U D I D I F I R E N Z E



PREMIO TESI DI DOTTORATO

ISSN 2612-8039 (PRINT) | ISSN 2612-8020 (ONLINE)

– 84 –

PREMIO TESI DI DOTTORATO
Commissione giudicatrice, anno 2019

Vincenzo Varano, *Presidente della Commissione*

Tito Arecchi, *Area Scientifica*

Aldo Bompani, *Area delle Scienze Sociali*

Mario Caciagli, *Area delle Scienze Sociali*

Franco Cambi, *Area Umanistica*

Giancarlo Garfagnini, *Area Umanistica*

Roberto Genesisio, *Area Tecnologica*

Flavio Moroni, *Area Biomedica*

Adolfo Pazzagli, *Area Biomedica*

Giuliano Pinto, *Area Umanistica*

Vincenzo Schettino, *Area Scientifica*

Maria Chiara Torricelli, *Area Tecnologica*

Luca Uzielli, *Area Tecnologica*

Graziella Vescovini, *Area Umanistica*

Francesca Rossi

**Apparenza del diritto e rapporti di fatto
nell'esperienza giuridica di Roma antica**

Firenze University Press
2020

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica / Francesca Rossi. – Firenze : Firenze University Press, 2020.
(Premio Tesi di Dottorato ; 84)

<https://www.fupress.com/isbn/9788855180733>

ISSN 2612-8039 (print)

ISSN 2612-8020 (online)

ISBN 978-88-5518-072-6 (print)

ISBN 978-88-5518-073-3 (PDF)

ISBN 978-88-5518-074-0 (XML)

DOI 10.36253/978-88-5518-073-3

Graphic design: Alberto Pizarro Fernández, Lettera Meccanica SRLs

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

All publications are submitted to an external refereeing process under the responsibility of the FUP Editorial Board and the Scientific Boards of the series. The works published are evaluated and approved by the Editorial Board of the publishing house, and must be compliant with the Peer review policy, the Open Access, Copyright and Licensing policy and the Publication Ethics and Complaint policy.

Firenze University Press Editorial Board

M. Garzaniti (Editor-in-Chief), M.E. Alberti, M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, F. Ciampi, A. Dolfi, R. Ferrise, P. Guarnieri, R. Lanfredini, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, A. Orlandi, A. Perulli, G. Pratesi, O. Roselli.

 The online digital edition is published in Open Access on www.fupress.com.

Content license: the present work is released under Creative Commons Attribution 4.0 International license (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>). This license allows you to share any part of the work by any means and format, modify it for any purpose, including commercial, as long as appropriate credit is given to the author, any changes made to the work are indicated and a URL link is provided to the license.

Metadata license: all the metadata are released under the Public Domain Dedication license (CC0 1.0 Universal: <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode>).

© 2020 Author(s)

Published by Firenze University Press

Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com

*This book is printed on acid-free paper
Printed in Italy*

Οὐκ οὐν ἐπὶ μὲν τῶ ὄντι γινώσκεις ἦν, ἀγνωσία δ' ἐξ
ἀνάγκης ἐπὶ δὲ τῶ μεταξὺ τούτῳ μεταξὺ τι καὶ ζητητέον
ἀγνοίας τε καὶ ἐπιστήμης, εἴ τι τυγχάνει ὄν τοιοῦτον;
(Πλάτων, Πολιτεία, V, 477 b)

*A ciò che è si applica dunque la conoscenza, a ciò che non
è necessariamente l'ignoranza, e per ciò che è intermedio
bisogna cercare qualcosa che è a metà strada fra
l'ignoranza e la scienza, se mai qualcosa di simile esiste?*
(Platone, La Repubblica, V, 477 b)

Sommario

Abbreviazioni	11
Introduzione	15
Capitolo I	
Il principio dell'<i>apparentia iuris</i>: apparenza del diritto e figure affini	21
1. Il principio dell'apparenza del diritto: definizione e inquadramento dogmatico	21
2. Le articolazioni del principio dell'apparenza del diritto: classificazioni dottrinali, fattispecie legislative e orientamenti giurisprudenziali	33
2.1 Le due tipologie di <i>apparentia iuris</i> : apparenza pura e apparenza colposa	33
2.2 Le principali manifestazioni dell'apparenza del diritto e la loro applicabilità in via analogica: verso il superamento della tipicità e l'affermazione di un principio generale di apparenza	35
3. Il principio di apparenza nel diritto processuale	38
3.1 Il principio di apparenza e la prevalenza della sostanza sulla forma	38
3.2 L'apparenza nel processo attraverso la <i>fictio iuris</i>	42
4. 'Apparenza di apparenza': apparenza del diritto e istituti 'apparentemente' affini	53
4.1 Apparenza del diritto ed errore: l'errore originato dall'apparenza e l'errore vizio del consenso	53
4.2 Apparenza del diritto e simulazione	57
4.3 Apparenza del diritto e possesso	60
5. Osservazioni conclusive sull' <i>apparentia</i> come preludio alla nostra ricerca	63
Capitolo II	
L'apparenza del diritto nelle successioni mortis causa: erede apparente, <i>possessor pro herede</i> e <i>possessor pro possessore</i>	65
1. L'erede apparente nel sistema giuridico italiano	65
1.1 L'apparenza ereditaria nel codice civile: l'articolo 534 e l'erede apparente	65
1.2 L'erede apparente e la legittimazione all'azione di petizione dell'eredità	68
2. La ricerca di un antecedente storico: il <i>possessor pro herede</i> nel diritto romano	71
2.1 Istituti moderni e antichi a confronto: apparenza ereditaria e <i>possessio pro herede</i>	71
2.2 <i>Possessor pro herede</i> e <i>possessor pro possessore</i> nelle fonti dei giuristi romani: la testimonianza di Gaio	72

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica	
2.3 La critica alla presunta derivazione dell'erede apparente dal <i>possessor pro herede</i>	75
2.4 L'erede apparente e il <i>possessor pro possessore</i>	77
3. <i>Possessor pro herede</i> e <i>possessor pro possessore</i> nella definizione di Ulpiano	79
3.1 La definizione ulpiana di <i>possessor pro herede</i>	79
3.2 La definizione ulpiana di <i>possessor pro possessore</i>	82
4. L'estensione della <i>petitio hereditatis</i> nelle ipotesi di trasferimento dal <i>possessor pro herede</i> e dal <i>possessor pro possessore</i>	85
5. Altre ipotesi di 'apparenti' <i>possessores</i> con riferimento alla <i>petitio hereditatis</i>	90
6. <i>Possessio pro herede</i> e altri istituti 'fattuali' in ambito ereditario: l' <i>usucapio pro herede</i>	95
6.1 L' <i>usucapio pro herede</i> : requisiti, condizioni ed effetti	95
6.2 L' <i>usucapio pro herede</i> : <i>ratio</i> originaria e sua evoluzione nel mutato contesto storico	100
7. Osservazioni conclusive in ordine a <i>possessor pro herede</i> ed erede apparente: una parziale affinità	105

Capitolo III

L'apparenza del diritto nell'adempimento dell'obbligazione: creditore apparente, <i>falsus creditor</i> e <i>adiectus solutionis causa</i>	107
1. Il creditore apparente e l' <i>adiectus solutionis causa</i> nel diritto civile italiano	107
1.1 Il principio di apparenza nel diritto delle obbligazioni: adempimento e pagamento	107
1.2 La legittimazione passiva a ricevere il pagamento e i possibili destinatari dell'adempimento: creditore vero, creditore apparente, <i>adiectus solutionis causa</i>	112
1.3 La disciplina del pagamento al creditore apparente nel nostro codice civile: l'articolo 1189	115
2. Il creditore apparente e l' <i>adiectus solutionis causa</i> nel diritto romano	117
3. Il creditore apparente nelle fonti giuridiche romane: un caso isolato di <i>falsus creditor</i>	120
3.1 La definizione di <i>falsus creditor</i> in D. 47.2.43 pr.: una preziosa parentesi	120
3.2 Il <i>furtum</i> del <i>falsus creditor</i> : la fattispecie contenuta in D. 47.2.43 pr. e la soluzione prospettata da Ulpiano	127
3.3 Gli effetti del pagamento al creditore apparente nel diritto romano e in quello moderno: sanzionabilità del <i>falsus creditor</i> e tutela del debitore in buona fede	129
4. L' <i>adiectus solutionis causa</i> nelle fonti giuridiche romane	132
5. Osservazioni conclusive in ordine al <i>falsus creditor</i> come 'avus' del creditore apparente: una continuità ' <i>magis speciosa quam vera</i> '	138

Capitolo IV

L'apparenza del diritto nella rappresentanza e nel mandato: rappresentante apparente e <i>falsus procurator</i>	143
1. La rappresentanza apparente e il <i>falsus procurator</i> nel diritto civile italiano	143

2. La ricerca di un antecedente storico: il <i>falsus procurator</i> nel diritto romano	149
3. Il fenomeno della rappresentanza nel diritto romano	150
4. La nozione di procurator: le principali questioni interpretative	155
4.1 La distinzione tra <i>procurator omnium bonorum</i> e <i>procurator unius rei</i> e il rapporto con il <i>procurator ad litem</i>	155
4.2 Il significato del termine <i>procurator</i> : l'asserita 'non giuridicità' dell'originario procuratore	157
5. <i>Procurator</i> 'non mandatario' e <i>procurator</i> 'simulatore': i diversi orientamenti dottrinali sulla figura del <i>falsus procurator</i>	163
5.1 La tesi interpolazionista o 'negativa': il <i>falsus procurator</i> come 'non mandatario'	163
5.2 La tesi della simulazione o 'positiva': il <i>falsus procurator</i> come ' <i>simulator</i> '	169
6. Il <i>falsus procurator</i> nelle fonti romane: <i>simulatio</i> , <i>mala fides</i> e <i>furtum</i>	172
6.1 Il pagamento al <i>falsus procurator</i> e la responsabilità per il <i>furtum dei nummi</i>	172
6.2 Il <i>falsus procurator</i> 'sopravvenuto': ' <i>primum mandatum, deinde vetitum</i> '	175
6.3 Un diverso tipo di ' <i>simulator</i> ': il <i>falsus procurator</i> e l' <i>usurpatio</i> dell'altrui identità	179
7. Osservazioni conclusive in tema di <i>falsus procurator</i> e rappresentante apparente: il 'ritorno' della mala fede	180

Capitolo V

L'apparenza del diritto nelle relazioni familiari: famiglia di fatto, <i>matrimonium iniustum</i> e concubinato	183
1. Le unioni di fatto come 'apparenza' di unioni matrimoniali	183
2. Matrimonio e convivenza <i>more uxorio</i> nel diritto italiano: la questione delle coppie di fatto	186
3. Il matrimonio nel diritto romano: <i>matrimonium</i> o <i>matrimonia</i> ?	190
3.1 Il <i>matrimonium</i> come <i>res facti</i> : fattualità e giuridicità del matrimonio romano	190
3.2 Pluralità di modelli coniugali: <i>matrimonium iustum</i> , <i>matrimonium iniustum</i> , <i>concubinatus</i>	194
4. <i>Matrimonium iustum</i> e <i>matrimonium iniustum</i>	199
4.1 Il <i>matrimonium iniustum</i> per carenza dei presupposti giuridici: i requisiti ulpiane	199
4.1.1 Il <i>conubium</i>	200
4.1.2 Il consenso	204
4.1.3 La pubertà e l'età dei nubendi	206
4.2 Il <i>matrimonium iniustum</i> per violazione dei divieti legislativi	209
5. Il concubinato: « <i>non omnis mulier iuncta viro uxor est viri</i> »	215
5.1 Il concubinato nel diritto italiano	215
5.2 Il concubinato nel diritto romano	218
6. Il regime giuridico del <i>matrimonium</i> e delle diverse tipologie di unioni: gli effetti estendibili al <i>matrimonium iniustum</i> e al concubinato	223

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica	
6.1 Il regime giuridico della filiazione: <i>liberi naturales, filii legitimi iusti e iniusti</i>	223
6.2 I rapporti tra coniugi: <i>matrimonium</i> e <i>manus</i> e la possibilità della <i>conventio in manum</i> in assenza di <i>iustae nuptiae</i>	229
6.3 I rapporti patrimoniali tra coniugi: il divieto di <i>donatio inter virum et uxorem</i>	231
7. Gli effetti penali delle unioni extraconiugali: l' <i>accusatio adulterii</i> della <i>uxor iniusta</i> e della concubina	237
7.1 Il dovere di fedeltà coniugale e il reato di adulterio: la <i>lex Iulia de adulteriis</i> e il regime repressivo augusteo	237
7.2 L'adulterio della <i>uxor iniusta</i>	241
7.3 L'adulterio della concubina	244
8. Osservazioni conclusive sull'apparenza nei rapporti familiari di fatto: una relazione ' <i>magis vera quam speciosa</i> '	249
Conclusioni	255
Indice delle fonti	259
Bibliografia	267

Abbreviazioni

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Archivio giuridico Filippo Serafini
AHDE	Anuario de historia del derecho español
ANA	Atti della Reale Accademia di scienze morali e politiche di Napoli
Ann. Bari	Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari
Ann. Perugia	Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia
Ann. Taranto	Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto
ANRW	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt
APG	Archivi di psicologia giuridica
ASD	Annali di storia del diritto. Rassegna internazionale
AUFE	Annali dell'Università di Ferrara
AUPA	Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo
Banca borsa	Banca, borsa e titoli di credito. Rivista di dottrina e giurisprudenza
BIDR	Bullettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja
Class. Week.	The Classical Weekly
Contr.	I contratti. Rivista di dottrina e giurisprudenza
Contr. impr.	Contratto e impresa
Contr. impr. Eur.	Contratto e impresa. Europa
Corr. giur.	Il Corriere giuridico. Mensile di giurisprudenza, legislazione e opinione
Dig. disc. priv. sez. civ.	Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile
Dig. disc. priv. sez. comm.	Digesto delle discipline privatistiche: sezione commerciale
Dig. disc. pubbl.	Digesto delle discipline pubblicistiche
Dig. it.	Il digesto italiano
Dir. fall.	Il diritto fallimentare e delle società commerciali. Rivista di dottrina e giurisprudenza
Dir. fam.	Diritto di famiglia e delle persone
Dir. soc.	Diritto e società
Diritto@Storia	Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana < http://www.dirittoestoria.it >
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto Giuffrè
Enc. for.	Enciclopedia forense
Enc. giur. it.	Enciclopedia giuridica italiana
Enc. giur. Treccani	Enciclopedia giuridica Treccani
ERPL	European Review of Private Law

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Fam. dir.	Famiglia e diritto
Fam. pers. e succ.	Famiglia, persone e successioni
Foro it.	Il foro italiano. Raccolta generale di giurisprudenza civile, commerciale, penale, amministrativa
Foro pad.	Il foro padano. Rivista di dottrina e giurisprudenza dell'Alta Italia
Giur. comm. soc. fall.	Giurisprudenza commerciale: società e fallimento
Giur. compl. Cass. Civ.	Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione - Sezioni civili
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. civ.	Giustizia civile
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hw. Rw.	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
Index	Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law
ISLL Papers	The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature < https://www.lawandliterature.org >
Iura	Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico
Ius Antiquum	Ius Antiquum - Древнее Право < http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum >
La Cultura	La Cultura. Rivista di scienze, lettere ed arti diretta da R. Bonghi
La Legge	La Legge. Monitore giudiziario e amministrativo del Regno d'Italia
Labeo	Labeo. Rassegna di diritto romano
Legal Roots	LR - Legal Roots. The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law
Mon. trib.	Monitore dei tribunali. Giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale e del contenzioso amministrativo
N. dig. it.	Nuovo digesto italiano
Noviss. dig. it.	Novissimo digesto italiano
Noviss. dig. it., App.	Novissimo digesto italiano - Appendice
NGCC	La nuova giurisprudenza civile commentata
Nuovo dir.	Il nuovo diritto. Rassegna giuridica pratica
Obbl. e contr.	Obbligazioni e contratti
Opus	Opus. Rivista internazionale per la storia economica e sociale dell'antichità
Pers. merc.	Persona e Mercato
Pol. del dir.	Politica del diritto. Rivista trimestrale di cultura giuridica fondata e diretta da S. Rodotà
QDPE	Quaderni di diritto e politica ecclesiastica
Quest. giust.	Questione giustizia. Rivista trimestrale < https://www.questionegiustizia.it >
Rass. dir. civ.	Rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingieri
RCDI	Revista critica de derecho inmobiliario
RCDP	Rivista critica del diritto privato
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RHD	Revue historique de droit français et étranger
RhM	Rheinisches Museum für Philologie
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité

Francesca Rossi

RIL	Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere
RISG	Rivista italiana per le scienze giuridiche
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni
Riv. dir. rom.	Rivista di diritto romano. Periodico di storia del diritto romano, di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale e moderna < https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano >
Riv. filol. istr. class.	Rivista di filologia e istruzione classica
Riv. not.	Rivista del notariato
Riv. stor. dir. it.	Rivista di storia del diritto italiano
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
Sem. Compl.	Seminarios complutenses de derecho romano. Revista complutense de derecho romano y tradición romanística
SIGP	Studi dell'Istituto Giuridico della Regia Università di Pavia
Studi sen.	Studi Senesi nel Circolo Giuridico della Regia Università
TAPhA	Transactions and proceedings of the American Philological Association
Temi	Temi. Rivista di giurisprudenza italiana
TSDP	Teoria e storia del diritto privato. Rivista internazionale online - Peer reviewed journal < http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com >
TvR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review
Vita not.	Vita notarile
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPE	Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung

Introduzione

La delicata dialettica tra ‘fatto’ e ‘diritto’ da sempre rappresenta, per il giurista di qualsiasi luogo e qualsivoglia epoca, oggetto di studio e di interesse. Una relazione complessa, quella tra *ius* e *factum*, di quelle alla «*odi et amo*»¹, tanto instabile quanto indissolubile e, proprio per questo, probabilmente ineludibile. Una complessità – quella che connota tale rapporto – che, proprio come i *clarissimi* versi catulliani, trasuda fascino e non cessa di suscitare interesse, il quale d’altra parte quasi mai si assopisce, anzi periodicamente si rinnova.

Sarà perdonato, ci auguriamo, questo incipit probabilmente passibile di eccessiva retorica, che voleva soltanto introdurre e motivare la scelta di dedicare questa nostra analisi ad un tema certamente non nuovo nella sua dimensione ontologica, ma allo stesso tempo denso di inesauribili spunti di interesse. Nell’immensa fucina dei rapporti tra fatto e diritto, riteniamo infatti, auspicando di non errare di superbia, di aver individuato un pertugio non del tutto esplorato, all’interno del quale abbiamo deciso di calarci per osservare più da vicino ciò che dall’alto è solo possibile intuire.

Dobbiamo, tuttavia, confessare al lettore che questa nostra scelta è stata frutto di un’inversione di rotta – o forse dovremmo dire di un ampliamento di rotta, dal momento che rispetto ad essa non è mutata la destinazione finale – che ci ha portati nel corso dei tre anni di dottorato ad allargare il campo di indagine inizialmente eletto ad oggetto della ricerca. Infatti, come non di rado accade in questi casi, lo studio e l’approfondimento di una specifica materia, nel nostro caso inizialmente relativa al regime giuridico delle unioni diverse dal *matrimonium iustum*, ha aperto orizzonti da principio impensati e ha rappresentato l’occasione per estendere la riflessione, che ha finito così per ampliare i propri confini, invadendo campi ulteriori ed apparentemente estranei all’originario oggetto di ricerca. Così, l’analisi del regime giuridico delle unioni non coniugali e la constatazione che, al di là dell’istituto matrimoniale tecnicamente inteso come *matrimonium iustum*, il diritto romano abbia manifestato una tendenza a riconoscere la produzione di determinati effetti giuridici anche a unioni non rientranti in tale modello tipico (per questo qualificate come ‘*iniustae*’) ci ha spinti ad interrogarci sulla *ratio* sottesa a tale tendenza e a disvelare l’esigenza che ha comportato l’attribuzione di taluni effetti giuridici a relazioni che, con terminologia moderna, potremmo definire non ‘di diritto’, bensì ‘di fatto’.

¹ Catull., *Carm.* 85: «*Odi et amo. quare id faciam, fortasse requiris. / nescio, sed fieri sentio et excrucior*».

Proprio la volontà di indagare i meccanismi connessi a tale fenomeno ci ha suggerito di non rimanere strettamente confinati all'ambito di interesse iniziale – ossia il diritto di famiglia e in particolare i rapporti tra coniugi – ma di ampliare la visuale, estendendo la ricerca anche ad ulteriori settori, per individuare eventuali tracce di fenomeni analoghi o assimilabili a quello appena descritto. Le relazioni familiari di fatto si sono dunque trasformate da oggetto esclusivo della trattazione ad una delle parti che ne costituisce l'articolazione, la quale, attraverso il percorso che qui si cerca di presentare, ambirebbe a raffigurare quelle stesse relazioni come una delle possibili manifestazioni di un fenomeno in verità ben più lato e complesso.

Cercando di offrire qualche elemento in più sul ragionamento proposto, possiamo dire che l'intenzione sarebbe quella di operare un confronto tra le varie situazioni di fatto, in tutto o in parte prive di una precisa disciplina giuridica, alle quali l'ordinamento riconosce tuttavia una qualche rilevanza (e che, pur in campi tra loro eterogenei, paiono fondarsi su esigenze analoghe), per valutare se tra esse possa riscontrarsi un filo conduttore o una linea di tendenza comune. Numerose sono le ipotesi in cui si manifesta tale esigenza di raccordare il dato normativo e giuridico con la dimensione fattuale: questa, in particolare, emerge in maniera evidente in tutte quelle situazioni in cui si verifica una discrasia tra ciò che è imposto dall'ordinamento – e che trova legittimazione nel dato normativo – e quello che si verifica concretamente. Come ulteriore conseguenza, può accadere che tali situazioni, pur formalmente difformi rispetto a quanto l'ordinamento richiederebbe, risultino meritevoli di tutela giuridica tanto quanto quelle conformi a detto dato; oppure, secondo un diverso sviluppo, può verificarsi che nella fattispecie concreta l'assenza di taluni elementi o requisiti non possa dirsi determinante ai fini dell'esclusione dell'effetto giuridico. In ogni caso, il risultato cui conducono simili ipotesi, frutto di una precisa scelta di politica del diritto, è la possibilità di estendere ad esse effetti che in astratto potrebbero scaturire solo dal rispetto del modello legale. Vengono così in rilievo tutta una serie di situazioni fattuali in presenza delle quali l'ordinamento reputa necessario individuare un livello minimo di protezione, attraverso il riconoscimento della produzione di determinati effetti giuridici o, talvolta, l'attribuzione di appositi mezzi di tutela creati *ad hoc*, oppure mediante l'estensione di strumenti previsti per casi analoghi già disciplinati.

Nella prospettiva moderna, un interessante campo in cui è possibile osservare un simile meccanismo è rappresentato dal fenomeno della cosiddetta 'apparenza del diritto', espressione con cui la dottrina tradizionalmente individua quelle fattispecie che si manifestano oggettivamente come corrispondenti ad un certo stato di diritto, pur non possedendone gli elementi propri. In tali casi l'ordinamento può, a determinate condizioni, ritenere opportuno estendere gli effetti propri di quella specifica fattispecie alla situazione che solo apparentemente ne possiede i requisiti. Esempi notori e ormai ampiamente riconosciuti nel nostro diritto sono rinvenibili in diversi settori: nelle successioni *mortis causa*, attraverso la figura dell'erede 'apparente'; nell'ambito delle obbligazioni, ove è ammessa la validità del pagamento al creditore 'apparente'; molto discussa inoltre, non solo in dottrina ma anche nel recente dibattito giurisprudenziale, l'ipotesi del rappresentante 'apparente' e del *falsus procurator*; da sempre oggetto di attenzione, infine, il regime giuridico delle società di fatto.

In tale prospettiva, ci siamo dunque domandati se il fenomeno dal quale la ricerca è iniziata – ossia quello relativo alla presenza (tanto oggi quanto nel diritto romano, pur con le differenze che avremo cura di illustrare) di unioni familiari *iniustae* o, per utilizzare il termine moderno, ‘di fatto’ – non possa prestarsi ad una comparazione con le fattispecie oggi complessivamente qualificate come ‘apparenza del diritto’, in quanto anch’esse originate da una insopprimibile tensione tra *ius* e *factum*. Ed è proprio nell’approfondire il tema dell’apparenza, nel tentativo di comprenderne le origini, la *ratio* e la fisionomia, che abbiamo con timido piacere appreso che l’idea di leggere i rapporti coniugali di fatto come fenomeni di apparenza trova autorevole eco già nei primissimi scritti a tale principio dedicati. Ad anticiparla, in particolare, è stata la voce dell’allora Primo Presidente della Corte di Cassazione, Mariano D’Amelio, il quale, nel delineare una delle prime definizioni di ‘apparenza del diritto’, fra le principali forme di manifestazione del fenomeno inseriva anche «lo stato di concubinato», affermando espressamente che «non rare volte questo si presenta con l’apparenza di una unione legittima»².

Se la lettura di tali parole ci ha certamente rassicurati circa la non indegnità del nostro proposito di ricerca, regalandoci un momentaneo conforto, ci ha allo stesso tempo resi coscienti della necessità, per conferire definitiva legittimità al lavoro, di individuare un preciso percorso che consenta di avvalorare (o, se del caso, smentire) l’iniziale suggestione. Per non disattendere tale aspettativa, ci è sembrato allora indispensabile indagare se anche il diritto romano abbia conosciuto fenomeni analoghi a quelli oggi considerati espressione della cosiddetta ‘*apparentia iuris*’, per valutare se effettivamente tra essi possa riscontrarsi o debba piuttosto escludersi una connessione, un *fil rouge*.

Assumendo dunque come punto di partenza la presenza nel nostro ordinamento del fenomeno dell’apparenza giuridica (negli ultimi anni peraltro oggetto di una rinnovata attenzione e spesso al centro di vivace dibattito) ci siamo chiesti se le manifestazioni dell’*apparentia iuris* e, più in generale, la delicata dialettica tra fatto e diritto e la perenne volontà di armonizzare i due ambiti siano esclusive dell’esperienza moderna, oppure se un fenomeno almeno in parte analogo possa riscontrarsi anche nell’esperienza di Roma antica. Posto che si tratta di una fattispecie di emersione sociale, che risponde a logiche di giustizia sostanziale e mira ad allineare lo stato fattuale con quello giuridico – dando voce a situazioni che altrimenti rischierebbero di condurre, in virtù di un bieco rispetto dei parametri legislativi, ad ingiustizie o comunque a risultati oggettivamente distonici rispetto a quelli imposti dal diritto – pare opportuno valutare se tale necessità fosse percepita anche nei secoli passati.

L’obiettivo è dunque quello di individuare fenomeni che – pur non qualificati con il moderno *nomen* di *apparentia iuris* – manifestino una simile tendenza, essendo volti ad offrire risposta a richieste di giustizia o a non lasciare prive di disciplina situazioni che di poco si discostano da quelle regolate dal diritto. Il che può avvenire o perché tali situazioni sono prive di elementi formali, la cui assenza tuttavia non legittima un trattamento così differente; o perché si tratta di fenomeni di nuova emersione ancora non presi in considerazione dal diritto, che (essendo preordinato

² M. D’Amelio, *s.v. Apparenza del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1, Utet, Torino 1957, p. 717.

alla regolamentazione della vita comune) è chiamato a compiere una funzione che esige una continua e progressiva trasformazione, in grado di renderlo costantemente rispondente ai bisogni che la società manifesta.

Se questo rappresenta dunque l'obiettivo di fondo del nostro lavoro, è opportuno offrire qualche indicazione in ordine al percorso seguito per raggiungerlo e, conseguentemente, alla struttura ed articolazione che ne è derivata. La tesi, in particolare, si compone di un capitolo iniziale introduttivo (potremmo dire 'di teoria generale') e di ulteriori quattro capitoli, ciascuno dedicato all'analisi dettagliata dei singoli istituti che costituiscono espressione di quella tensione tra fatto e diritto che si è qui cercato di rappresentare. La prima parte dunque, proprio in virtù del suo ampio respiro, ambirebbe a tracciare i binari entro i quali incanalare il ragionamento sviluppato nei successivi capitoli, dedicati specificamente ai singoli istituti presi in esame. Con essa si cercherà anzitutto di chiarire l'effettiva portata del principio dell'*apparentia iuris*, per comprenderne la concreta estensione e provare a tracciare una linea di confine (auspicabilmente affidabile) rispetto ad altre figure soltanto 'apparentemente' ad essa riconducibili. Una volta completato questo doveroso inquadramento iniziale del fenomeno dell'*apparentia iuris*, l'attenzione sarà poi focalizzata sulle principali manifestazioni di tale principio, al fine di collocarle correttamente all'interno del nostro sistema giuridico. A tale sommaria individuazione peraltro, coerentemente con l'obiettivo prefisso di riportare il fenomeno a Roma antica, non seguirà un'analisi dettagliata e globale di tutte le possibili espressioni dell'apparenza, che in questa sede e relativamente all'intento finale di questo lavoro non potrebbe che risultare parziale e qualitativamente inadeguata. Piuttosto, sarà indispensabile operare una ponderata selezione di tali figure, prendendo in esame soltanto quelle rispetto alle quali pare potersi rinvenire una sorta di precedente o di antecedente storico fra gli istituti del diritto romano. Fra le diverse fattispecie di apparenza la scelta cadrà dunque su quelle che ne costituiscono ancora oggi le tradizionali manifestazioni, ossia: da un lato, nelle successioni *mortis causa* il caso dell'erede apparente; dall'altro, nel diritto delle obbligazioni e dei contratti la figura del creditore apparente, nonché quella (forse ancor più rilevante) del rappresentante apparente o, per utilizzare il suo 'nome d'arte', *falsus procurator*. Da questi fenomeni, tutti a loro modo espressione dell'*apparentia iuris*, si tornerà poi al punto di origine, recuperando l'area in cui, come confessato, affondano le radici dell'intero lavoro. L'attenzione si volgerà dunque nuovamente ai rapporti familiari extra e para coniugali, in quanto – pur con le dovute distinzioni che saranno segnalate – a loro volta costituiscono in certo modo una forma di apparenza giuridica, manifestandosi all'esterno alla stregua di un tradizionale rapporto coniugale.

Ciascuno degli ambiti indicati sarà preso in considerazione singolarmente nella sua specificità (segnalata dalla suddivisione in separati capitoli), cercando di riservare ad ogni parte pari attenzione ed eguale spazio, così che la stesura finale risulti complessivamente quanto più possibile equilibrata. Per tale ragione sarà necessario operare per ciascun argomento una selezione degli aspetti da trattare, limitando l'esposizione a quelli che meglio consentiranno di ricostruire l'istituto nei suoi connotati essenziali e, soprattutto, risulteranno funzionali rispetto all'argomentazione della tesi. In un caso soltanto, ossia quando cercheremo di calare il fenomeno dell'apparenza nel tema delle unioni di fatto, non sarà possibile contenere oltre un

certo limite l'analisi: ciò non solo poiché si tratta di un tema difficilmente arginabile nella sua ampiezza, ma anche perché rappresenta l'oggetto su cui il lavoro, nella sua fase embrionale, doveva in un primo momento concentrarsi in via esclusiva.

Nonostante tale possibile eccesso nel capitolo finale, cercheremo comunque di mantenere la struttura proposta per quelli precedenti, seguendo un percorso che, nel tentativo di rendere il discorso complessivamente logico e coerente, sarà il medesimo per ognuno. In particolare, assumendo un metodo diverso rispetto a quello generalmente seguito (che antepone alla trattazione dell'istituto esaminato un *excursus*, più o meno breve, delle sue origini e della sua evoluzione storica) proveremo a percorrere una via in parte alternativa. Con una sorta di inversione di tendenza – evidentemente non dettata da uno slancio eversivo, ma piuttosto funzionale all'argomentazione della tesi proposta – abbiamo scelto di iniziare ciascun capitolo con un breve inquadramento della figura all'interno del nostro ordinamento moderno. Tali considerazioni preliminari ci paiono infatti indispensabili e imprescindibili, dal momento che l'ambizione del presente lavoro sarebbe quella di ricercare all'interno del sistema romanistico una sorta di precedente delle principali manifestazioni in cui si articola e si manifesta un principio, quale quello di apparenza, indubbiamente moderno. L'esposizione delle singole figure giuridiche nella loro conformazione attuale servirà dunque ad identificare un antecedente storico a cui riportarle per similitudine o, eventualmente, per differenza. A tale individuazione seguirà l'analisi dell'istituto come concepito e disciplinato dal diritto romano, nel tentativo di cogliere il significato e il ruolo dallo stesso ricoperto in rapporto al sistema giuridico e sociale di Roma antica. Un simile tentativo, com'è evidente, non potrà che svolgersi attraverso un puntuale esame delle fonti degli autori latini, le uniche in grado di far luce e restituirci, pur a distanza di secoli, il significato autentico degli istituti giuridici di cui testimoniano l'esistenza.

Per ciascuna parte cercheremo, in esito all'analisi e dunque al termine di ogni capitolo, di trarre le relative conclusioni, tentando contestualmente di metterle fra loro in rapporto per darne una lettura complessiva e coordinata, che ne valuti i possibili profili di similitudine ed analogia o, viceversa, di asimmetria e divergenza.

Attraverso il percorso così descritto, l'obiettivo sarebbe quello di dimostrare (in linea con l'assunto di partenza) che gli esiti cui questo studio conduce, pur nella loro diversità ed individualità, rappresentata nei due macro ambiti analizzati – le diverse manifestazioni dell'apparenza del diritto da un lato, le relazioni familiari di fatto dall'altro – risultano conciliabili sul piano sostanziale. In particolare, tale comunanza di intenti si evidenzerebbe quanto alla necessità di individuare metodi e soluzioni in grado di offrire una risposta giuridica – per quanto non necessariamente positiva – rispetto a relazioni emergenti soltanto sul piano fattuale. Situazioni alle quali l'ordinamento, pur in assenza dei requisiti necessari per l'integrazione della fattispecie giuridica di cui manifestano le sembianze, riconosce tuttavia importanza e rilievo sociale, tanto da estendere ad esse la produzione di precisi effetti giuridici, elevandole così dal mondo 'terreno' del mero fatto a quello 'celeste' – o forse dovremmo dire 'iperurario'? – del diritto, attraverso un'osmosi che talvolta dissolve, rendendolo impalpabile ed evanescente, il *discrimen* tra questi due universi.

Capitolo I

Il principio dell'*apparentia iuris*: apparenza del diritto e figure affini

SOMMARIO: 1. Il principio dell'apparenza del diritto: definizione e inquadramento dogmatico. – 2. Le articolazioni del principio dell'apparenza del diritto: classificazioni dottrinali, fattispecie legislative e orientamenti giurisprudenziali. – 2.1 Le due tipologie di *apparentia iuris*: apparenza pura e apparenza colposa. – 2.2 Le principali manifestazioni dell'apparenza del diritto e la loro applicabilità in via analogica: verso il superamento della tipicità e l'affermazione di un principio generale di apparenza. – 3. Il principio di apparenza nel diritto processuale. – 3.1 Il principio di apparenza e la prevalenza della sostanza sulla forma. – 3.2 L'apparenza nel processo attraverso la *factio iuris*. – 4. 'Apparenza di apparenza': apparenza del diritto e istituti 'apparentemente' affini. – 4.1 Apparenza del diritto ed errore: l'errore originato dall'apparenza e l'errore vizio del consenso. – 4.2 Apparenza del diritto e simulazione. – 4.3 Apparenza del diritto e possesso. – 5. Osservazioni conclusive sull'*apparentia* come preludio alla nostra ricerca.

1. Il principio dell'apparenza del diritto: definizione e inquadramento dogmatico

Attraverso le poche pagine introduttive abbiamo cercato di chiarire come l'obiettivo che anima questo lavoro sia quello di individuare nell'esperienza giuridica di Roma antica fattispecie, istituti o soluzioni giurisprudenziali che possano rappresentare il preludio o anticipare gli effetti propri delle moderne figure di apparenza giuridica¹.

¹ Fra i numerosi contributi in materia di apparenza, dei quali nel corso dell'esposizione cercheremo di dar nota, riteniamo opportuno offrire fin d'ora alcuni essenziali riferimenti. In *primis*, le voci di: M. D'Amelio, *s.v. Apparenza del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1, Utet, Torino 1957, pp. 714-719; A. Falzea, *s.v. Apparenza*, in *Enc. dir.*, vol. 2, Giuffrè, Milano 1958, pp. 682-701 (poi confluita nel più ampio: Id., *Voci di teoria generale del diritto: accertamento, apparenza, capacità, efficacia giuridica, fatto giuridico, fatto naturale*, Giuffrè, Milano 1970); R. Sacco, *s.v. Apparenza*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 1, Utet, Torino 1987, pp. 353-361; M. Bessone e M. Di Paolo, *s.v. Apparenza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 2, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988, pp. 1-5. Nonché, come ulteriori scritti in argomento: A. Albamonte, *Facciamo il punto in tema di apparenza del diritto*, in *Nuovo dir.*, 49 (1972), pp. 809-814; M. Balice, *Considerazioni in tema di apparenza del diritto (nota a Trib. Milano, 5 febbraio 1970 e Pretura Milano, 30 maggio 1969)*, in *Giur. mer.*, 4/1 (1972), pp. 78-83; R. Bolaffi, *Le teorie sull'apparenza giuridica (note critiche)*, in *Riv. dir. comm.*, 32/1 (1934), pp. 131-148; J. Calais-Auloy,

Rispetto ad un simile obiettivo, necessaria premessa non può che essere costituita dal chiarimento dei confini entro i quali si colloca il termine di paragone rispetto al quale si intende confrontare gli istituti romanistici, ossia il principio di apparenza giuridica. In questo primo capitolo cercheremo dunque di offrire una breve ricognizione definitoria e dogmatica del principio dell'*apparentia iuris* nei moderni ordinamenti giuridici, ripercorrendone brevemente la genesi, la *ratio*, lo sviluppo, nonché i principali ambiti applicativi. Una volta individuati in maniera (si auspica) sufficientemente chiara i caratteri del principio in esame, proveremo a precisarne ulteriormente i confini, segnalando alcune figure e istituti giuridici dai quali è opportuno mantenerlo distinto.

Volendo iniziare il discorso con una prima sommaria definizione, possiamo dire che il principio dell'apparenza del diritto è una formula generale con la quale si suole indicare tutti quei casi in cui, in presenza di circostanze univoche ed oggettive, una certa situazione giuridica (in verità inesistente) appare come esistente, determinando così l'errore² del terzo³.

Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1961; G. Camisa, *L'apparenza del diritto come principio generale (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 gennaio 1985, n. 484)*, in *Foro pad.*, 40/1 (1985), pp. 315-318; G. Cassano, *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: i principi*, in *Contr.*, 10/12 (2002), pp. 1169-1173; V. D'Orsi, *Sui limiti dell'apparenza del diritto (nota a Trib. Milano, 5 febbraio 1970)*, in *Giust. civ.*, 20/1 (1970), pp. 1313-1315; G. Ferrero, *Appunti in tema di apparenza giuridica (nota a Cass. Civ., sez. III, 7 aprile 1964, n. 780)*, in *Giust. civ.*, 15/1 (1965), pp. 189-193; A. Fortunato, *Spunti sulla responsabilità in materia di apparenza della situazione giuridica (nota a Cass. Civ., sez. III, 7 aprile 1964, n. 780)*, in *Tem.*, 41 (1965), pp. 1-7; F. Galgano, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *Contr. impr.*, 25/6 (2009), pp. 1137-1148; R. Gambino, *Il principio dell'apparenza: analogia iuris o creazione giurisprudenziale?*, in *Foro pad.*, 1 (1994), pp. 329 ss.; M. Luongo, *Brevi appunti in tema di apparenza del diritto (nota a App. Napoli, sez. III, 30 settembre 1970)*, in *Dir. e giur.*, 3 (1971), pp. 368-376; L. Mengoni, *Gli acquisti 'a non domino'*, Giuffrè, Milano 1994³; R. Miccio, *Appunti sui limiti del concetto di apparenza nel diritto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 2 (1950), pp. 310-314; R. Moschella, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Giuffrè, Milano 1973; A. Rabagny, *L'image juridique du monde: apparence et réalité*, Presses universitaires de France, Paris 2003; E. Rajneri, *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 18 (1997), pp. 311-338; S. Sotgia, *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Società editrice del Foro Italiano, Roma 1930; G. Stolfi, *Note minime sull'apparenza del diritto (nota a Cass. Civ., sez. II, 17 marzo 1975, n. 1020)*, in *Giur. it.*, 1 (1976), pp. 797-800; Id., *L'apparenza del diritto (Prolesione al corso di diritto civile nella R. Università di Modena letta il 23 novembre 1933)*, Università degli Studi, Modena 1934 (= *Le prolesioni dei civilisti*, vol. 2, 1900-1935, ESI, Napoli 2012, pp. 2125-2174); C. Tranquillo, *Fondamento, limiti e tendenze del principio di apparenza in materia di rappresentanza*, in *Giur. it.*, 4 (1996), pp. 426-440; A. Verga, *Osservazioni in tema di apparenza*, in *Riv. dir. priv.*, 10/1 (1940), pp. 193-208. Infine, il recente studio di N. Imarisio, *L'apparenza del diritto: profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano 2015.

² Sui rapporti fra apparenza ed errore si veda *infra*, par. 4.1.

³ In merito all'utilizzo della parola 'terzo', preme fin d'ora effettuare una precisazione. Qui e nelle pagine che seguiranno tale termine potrà essere utilizzato non nel suo significato tecnico-giuridico proprio, ma in un'accezione più ampia, attraendo nell'alveo semantico della parola 'terzo' (mediante una consapevole eterogenesi di significato) anche il concetto di 'estraneo'. Il riferimento al terzo, ove presente, non sarà strettamente indicativo della sua qualità attinta da una fattispecie relativa a due soggetti, in sé riconoscibili come un primo e un secondo, rispetto ai quali l'estraneo si configura appunto come terzo. Piuttosto, utilizzeremo il concetto di terzietà per riferirci genericamente all'estraneità del soggetto rispetto alla fattispecie di volta in volta presa in esame; fattispecie che potrà essere tanto bilaterale (nel qual caso l'estraneo sarà effettivamente 'terzo'), quanto unisoggettiva, coinvolgendo una sola parte (rispetto alla quale il soggetto qualificato 'terzo' sarebbe in verità un 'secondo').

Si tratta di ipotesi in cui si realizza uno sfasamento, un disallineamento e quindi una mancata corrispondenza tra lo stato di fatto e quello di diritto⁴, dal momento che il primo, pur manifestando le sembianze del secondo, non ne possiede gli elementi costitutivi: l'apparenza (stato di diritto) non corrisponde alla realtà (stato di fatto).

Più in generale, volendo offrire una definizione di più ampio respiro, possiamo riprendere quella, tanto sintetica quanto efficace, coniata da Angelo Falzea – il cui lavoro rappresenta ancora oggi un imprescindibile punto di riferimento per lo studio dell'apparenza, tanto da essere considerato, pur a distanza di anni, il «più celebre studio dogmatico in materia»⁵. Falzea definiva l'apparenza come «una falsa segnalazione di realtà», che si realizza allorquando siamo in presenza di «un fenomeno (materialmente presente e immediatamente reale) che manifesta un altro fenomeno (né materialmente presente né materialmente reale)»⁶.

Si tratta evidentemente di una definizione molto ampia, che individua il concetto di apparenza in quanto tale, privo di ogni aggettivazione e dunque valevole per ogni settore dell'esperienza. Laddove, invece, il concetto di apparenza così descritto venga collocato nell'universo giuridico e declinato nella forma 'apparenza del diritto', occorrerà completarne la definizione tenendo conto della relativa specificazione. Nel caso in cui l'apparenza sia riferita ad un diritto è evidente che la «situazione manifestata»⁷ (ossia apparente) sarà necessariamente una situazione giuridica: normalmente un diritto soggettivo, o più raramente un fatto giuridico, ossia una situazione di fatto ma dotata di rilievo giuridico⁸.

⁴ Non sembra condividere questa impostazione N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., pp. 3 ss., la quale rileva come l'affermazione per cui l'apparenza del diritto sarebbe «integrata da una mancata corrispondenza tra situazione di fatto e situazione di diritto» sarebbe, secondo la più attenta dottrina, da reputarsi «approssimativa», essendo «l'apparenza del diritto in sé, comunque, un fatto (generatore di conseguenze giuridiche)». L'opinione a cui l'Autrice fa riferimento è quella di L. Mengoni, *Gli acquisti 'a non domino'*, cit., pp. 64 ss.; R. Sacco, s.v. *Apparenza*, cit., p. 360; nella stessa direzione sembra inoltre porsi la definizione di A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., p. 687, su cui si veda la nota seguente.

⁵ Questa è l'opinione di N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 3, la quale ritiene che la definizione di Falzea sia del tutto «insuperata» e, non a caso, sceglie di citarla proprio in apertura del proprio lavoro. Ciò quanto meno «nella prospettiva metagiuridica», dal momento che, laddove il concetto di apparenza sia coniugato col mondo giuridico, individuare una «definizione generale condivisa» di apparenza del diritto risulta «molto più problematico».

⁶ Per la definizione completa e la sua spiegazione si veda A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., p. 687, il quale in esito al suo ragionamento ritiene di poter riassumere il concetto di apparenza attraverso la seguente breve definizione: «l'apparenza oggettivamente intesa è l'apparire dell'irreale come reale dentro un campo di pubblica esperienza, in virtù di rapporti socialmente riconosciuti di significazione non simbolica». Per ulteriori definizioni si veda il *Dizionario enciclopedico del diritto diretto da Galgano*, s.v. *apparenza*: l'apparenza «ricorre quando appare ai terzi una situazione giuridica diversa da quella reale e tale da suscitare in essi il legittimo affidamento che la situazione apparente corrisponda a quella reale».

⁷ A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., p. 691: «mentre la situazione manifestante può essere costituita da un qualsiasi fatto, la situazione manifestata – che appare, ma non è reale – è costituita di necessità da una situazione giuridica».

⁸ Sempre secondo Falzea (*ibid.*) il fatto che normalmente la situazione giuridica apparente sia costituita dalla titolarità di un diritto soggettivo «non significa che il falso rinvio, operato dalla situazione generatrice di apparenza, non possa riguardare un'altra situazione di fatto: si tratterà però di un fatto giuridico, che viene in considerazione esclusivamente per gli effetti che produce, sicché in definitiva si farà capo sempre ad una situazione giuridica». Nella stessa linea di pensiero si colloca anche N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 3, secondo la quale la nozione di apparenza del diritto «rileva e viene

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Se limitassimo tuttavia il nostro discorso a quanto appena riferito, non si comprenderebbe la rilevanza del fenomeno dell'apparenza, né la necessità di dedicarvi attenzione e di renderla oggetto di studio. Trattandosi di una situazione difforme a quella contemplata e riconosciuta dall'ordinamento, potrebbe pensarsi che essa sia priva di rilievo giuridico, essendo piuttosto relegata al mondo del mero fatto. È chiaro che le cose stanno diversamente, dato che in particolari ipotesi l'ordinamento ha scelto di attribuire all'apparenza rilevanza giuridica, stabilendo che, al ricorrere di precise circostanze, una situazione di fatto produca i medesimi effetti di quella di diritto di cui manifesta le sembianze. Nei casi dunque di 'apparenza giuridicamente rilevante' l'ordinamento sceglie di colmare il 'gap' esistente tra *ius* e *factum*, riallineando i due universi (giuridico e fattuale) e sancendo fra essi un'equiparazione *quoad effectum*⁹.

Per quanto detto, il concetto di apparenza risulta strettamente connesso a quello di legittimazione sotto un duplice punto di vista: dal lato di chi della situazione di apparenza è autore e protagonista, ma anche (pur da una diversa prospettiva) da quello del terzo che da tale stato di apparenza sia tratto in errore.

In particolare, sotto il primo profilo l'apparenza si lega alla legittimazione, in quanto ad essa – intesa come apparente titolarità di un diritto soggettivo – fa riscontro un'apparente legittimazione del soggetto medesimo ad esercitare tutte le facoltà e ad essere destinatario di tutti gli atti che avrebbero dovuto rivolgersi verso il titolare reale di quella situazione giuridica, nonché legittimato effettivo. Per meglio dire, la legittimazione apparente discende ed è conseguenza proprio dell'apparente titolarità del relativo diritto soggettivo¹⁰, dal momento che facoltà e poteri sono attribuiti e riconosciuti in virtù della sussistenza di una determinata posizione sostanziale.

Ma l'intima connessione tra apparenza e legittimazione si coglie anche dal diverso punto di vista del terzo che dalla situazione di apparenza potrebbe risultare pregiudicato. Ciò in quanto nei casi in cui l'ordinamento riconosce rilievo giuridico all'apparenza, consentendo alla situazione apparente di produrre i medesimi effetti di quella in verità insussistente, lo stesso ordinamento attribuisce una legittimazione speciale in capo al terzo, il quale potrà agire nei confronti di chi appare ricoprire una certa posizione, come se quella posizione realmente rivestisse. Per questo si è parla-

utilizzata con riferimento all'apparire non soltanto di una situazione di diritto in senso stretto, ma anche di una situazione di fatto, purché idonea ad avere giuridica rilevanza».

⁹ Detta equiparazione è messa bene in luce da M. Bessone e M. Di Paolo, *s.v. Apparenza*, cit., p. 1: «Il termine apparenza designa fattispecie nelle quali una situazione di fatto non corrisponde allo stato di diritto, e tuttavia, in presenza di determinate circostanze, produce i medesimi effetti giuridici del corrispondente stato di diritto». Sull'efficacia dell'*apparentia iuris* si veda ancora N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 4, la quale ritiene che il principale effetto del fenomeno sarebbe l'«equiparazione, a tutela di uno o più terzi, di una situazione giuridica apparente ad una situazione giuridica reale», in virtù della quale «la mera apparenza della situazione produce gli stessi effetti che produrrebbe la corrispondente situazione reale».

¹⁰ Questa prima prospettiva del collegamento tra legittimazione e apparenza è messa ben in evidenza da A. Falzea, *s.v. Apparenza*, cit.: secondo l'Autore, in particolare, il collegamento tra apparenza e legittimazione risulterebbe in maniera pacifica dalle stesse parole del legislatore, il quale utilizza indifferentemente e alternativamente i concetti di legittimazione apparente (art. 1189 c.c., in cui il creditore apparente è colui che «appare legittimato» a ricevere il pagamento in base a circostanze univoche) e quello di titolarità apparente (artt. 1415 e 1416 c.c.).

to in dottrina dell'apparenza come di «una forma alternativa di legittimazione»¹¹, per sottolineare il fatto che in virtù della situazione di apparenza il terzo (che a cose normali non potrebbe invocare alcuna pretesa nei confronti di chi 'appare ma non è') ottiene il medesimo effetto giuridico che discende dalla ordinaria legittimazione, ossia la tutela della propria posizione. Ciò avviene attraverso una via diversa ed alternativa, ma non per questo meno effettiva, concessa in via eccezionale dall'ordinamento e giustificata proprio in virtù della situazione di apparenza. In questo senso l'apparenza del diritto può configurarsi in una duplice veste, sia come «fonte di legittimazione apparente nei confronti del titolare apparente», sia come «fonte di un'eccezionale legittimazione nei confronti del titolare reale»; laddove l'eccezionalità della seconda è dovuta al fatto che la stessa deriva dalla fallace – dunque imperfetta – integrazione della fattispecie prevista dalla norma, la cui imperfezione viene colmata attraverso la tecnica giuridica che attribuisce all'apparenza lo stesso valore e la stessa efficacia della sostanza¹².

È sulla base della concessione di una simile eccezionale e straordinaria legittimazione che la dottrina ha ritenuto di poter rinvenire nell'apparenza un superamento o quantomeno una «deroga rispetto al principio generale della legittimazione»¹³, racchiuso dalle note parole ulpianee:

D. 50.17.54 (Ulp. 46 *ad ed.*): *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.*

Già da questi brevi cenni iniziali è agevole comprendere come l'*apparentia iuris* possa essere inclusa nell'ampia e complessa categoria dei principi generali dell'ordinamento¹⁴, condividendo intimamente lo spazio con altri fondamentali ca-

¹¹ Tali osservazioni sono messe a fuoco nella voce 'apparenza giuridica' contenuta nel *Dizionario giuridico*, diretto da Piero Pajardi, p. 52, s.v. *apparenza giuridica*, secondo cui l'apparenza «legittima il terzo a trattare con chi appare titolare di una situazione giuridica, come se lo fosse realmente. È quindi una forma alternativa di legittimazione».

¹² Questo il pensiero di N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 15, la quale tuttavia rileva come il fatto che dall'apparenza possa scaturire una legittimazione reale non sia una posizione condivisa dalla dottrina precedente, secondo cui potrebbe configurarsi esclusivamente una «legittimazione apparente [...] come apparente è la titolarità del relativo diritto soggettivo: titolarità e legittimazione che circostanze di fatto fanno apparire esistenti mentre non esistono nella realtà giuridica». In questo stesso senso cfr. anche L. Mengoni, *Gli acquisti 'a non domino'*, cit., p. 78.

¹³ In questi termini si esprime N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 15, la quale fa proprio il pensiero già autorevolmente avanzato da L. Mengoni, *Gli acquisti 'a non domino'*, cit., p. 78 e più di recente da G. Cassano, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 1169.

¹⁴ Con l'espressione 'principi generali' si fa normalmente riferimento a tutte quelle norme giuridiche di contenuto generale che sono espressione dei valori fondamentali dell'ordinamento, ai quali tutte le altre 'regole' – così definite proprio per distinguerle dai principi – devono pertanto conformarsi. La differenza non è banale: infatti, pur avendo entrambi la capacità di orientare i comportamenti dei soggetti cui si rivolgono, diverso è il modo in cui rispettivamente esplicano tale influenza. In particolare, mentre queste ultime – le regole – incidono direttamente sul comportamento (e in questo caso sono definite infatti 'norme di condotta') o, in alternativa, attribuiscono poteri normativi (nel qual caso si parla di 'norme di competenza') i principi generali, invece, hanno ripercussioni sul comportamento in maniera indiretta, dal momento che la loro efficacia diretta è rivolta all'esercizio del potere normativo, che dagli stessi è condizionato e indirizzato. Quanto alla fonte dei principi generali, non necessariamente trattasi di fonte

noni, quali la buona fede, il legittimo affidamento¹⁵ e (di tutti regina) la certezza del diritto: principi, quelli citati, con i quali l'apparenza del diritto, com'è stato simpaticamente notato, «va a braccetto»¹⁶.

Già questo iniziale inquadramento dell'*apparentia iuris* quale principio generale¹⁷ impone a chi scrive di rispondere ad una prima legittima obiezione che il lettore

scritta: questi, infatti, pur potendo essere 'codificati' in forma testuale, come avviene per esempio nelle costituzioni nazionali o anche nelle dichiarazioni dei diritti internazionali, non devono necessariamente essere positivizzati per esercitare la propria influenza. Anzi, molti importanti principi sono impliciti e vengono ricavati in via interpretativa per astrazione, ragionamento induttivo o interpretazione sistematica di altre norme dell'ordinamento. Nondimeno la loro applicazione e il loro peso risulta minorato: anzi, le norme da cui il principio è desunto si pongono rispetto ad esso in un rapporto di derivazione, nel senso che il principio ne costituisce l'intrinseca *ratio*, che al tempo stesso le ispira, le coordina e le legittima. Sulla nozione di principi generali e sulla loro posizione nell'ambito delle fonti dell'ordinamento si rinvia ai trattati e ai manuali di diritto civile, tra cui ci limitiamo a citare i principali: C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 1, *La norma giuridica, i soggetti*, Giuffrè, Milano 2002², pp. 102 ss.; F. Alcaro, *Diritto Privato*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2017³, pp. 38 ss.; G. Alpa, *Manuale di diritto privato*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2017¹⁰, pp. 73 ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli 2017¹⁸, pp. 50 ss.; P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoli 2017⁸, pp. 18 ss.; V. Roppo, *Diritto Privato*, Giappichelli, Torino 2018⁶, pp. 14 ss.; A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano 2017²³, pp. 19 ss.; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2017⁴⁸, pp. 63 ss.; P. Zatti, *Manuale di diritto civile*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2015⁶, pp. 24 ss. Inoltre, per una trattazione monografica dedicata ai principi generali si veda G. Alpa, *I principi generali*, Giuffrè, Milano 1993, in particolare, cap. 3, par. 3, pp. 105 ss., «*Il ruolo dei principi generali*» e cap. 2, par. 1, «*Dalle regulae ai principi*».

¹⁵ Cfr. A. Albamonte, *Facciamo il punto in tema di apparenza del diritto*, cit., p. 810. Sul punto N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 13, avverte però la necessità di tenere distinto il principio di 'apparenza', che offre tutela individuale a fronte di situazioni di apparenza ingannevole per la generalità dei consociati, da quello di 'affidamento in senso stretto', da intendersi quale tutela individuale della buona fede. Entrambi sarebbero però rientranti nel concetto di 'affidamento in senso ampio', nel quale l'Autrice individua una terza componente, rappresentata dalla pubblicità, con cui l'ordinamento appresta una tutela della generalità dei terzi mediante la predisposizione di indici formali di conoscibilità. Si tratta, dunque, di tre mezzi diversi con cui l'ordinamento cerca di risolvere una situazione di conflitto tra la realtà esteriore come appare e la realtà come in verità è. Un unico obiettivo, raggiunto attraverso tre diversi strumenti, che operano su differenti piani: «su un piano esclusivamente oggettivo» la pubblicità; «su un piano esclusivamente soggettivo» la buona fede e, dunque, l'affidamento in senso stretto; «su un piano intermedio», oggettivo e soggettivo insieme, il principio di apparenza del diritto. Sull'affidamento si veda, in particolare: R. Sacco, *s.v. Affidamento*, in *Enc. dir.*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, pp. 661-668; V. Pietrobon, *s.v. Affidamento*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 1, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1988, pp. 1-6. Si veda, inoltre, la trattazione che del principio di affidamento in rapporto al principio di apparenza del diritto viene offerta nei principali manuali istituzionali: F. Alcaro, *Diritto Privato*, cit., pp. 380 ss.; G. Alpa, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 386 ss.; P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 486 ss.; A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 55 ss.; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 174 ss.; P. Zatti, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 769 (sull'apparenza) e pp. 736, 815 ss. (sull'affidamento). Ancora sul principio di affidamento, ma in relazione alla diversa, seppur connessa, tematica dell'abuso del diritto si veda V. Roppo, *Diritto Privato*, cit., pp. 75 ss.

¹⁶ Espressione utilizzata da M. Fortina, *nota a Cass. Civ., sez. II, 6 dicembre 2013, n. 27409*, <<http://www.ildiritto.it>>, citato da V. Zirafa, *L'apparenza del diritto: una recente applicazione del principio nell'ambito delle associazioni dilettantistiche sportive (nota a Cass. Civ., 27 gennaio 2015, n. 1451)*, <<http://www.ildirittoamministrativo.it>>.

¹⁷ Sul punto si veda G. Camisa, *L'apparenza del diritto come principio generale (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 gennaio 1985, n. 484)*, cit. Sulla qualificazione dell'apparenza giuridica come principio generale non tutti, però, concordano: a coloro che annoverano l'apparenza come clausola generale, idonea a tutelare i terzi che sulla situazione apparente abbiano fatto affidamento in una serie indefinita di casi, non

attento potrebbe sollevare: il fatto di voler riportare un principio generale – nel nostro caso quello dell'apparenza – ad un ordinamento nel quale, a ben vedere, i principi generali come oggi intesi raramente avevano cittadinanza.

Come da sempre la dottrina¹⁸ insegna e come d'altra parte le fonti ci dimostrano, il diritto romano, soprattutto nel suo periodo di massima fioritura, ossia l'epoca classica, non si preoccupava e non nutiva come ambizione quella di enucleare principi di carattere generale ed astratto. Anzi, la *forma mentis* dei Romani, per i quali pragmatismo e praticità rappresentano la cifra dominante, non era affatto volta alla ricerca di formule universali, dai confini ampi e in grado di adattarsi a circostanze fra loro omogenee o quantomeno simili. Al contrario, l'atteggiamento rispetto a tali meccanismi di generalizzazione era – com'è stato osservato – connotato da certa «diffidenza»¹⁹. Lo strumento di lavoro privilegiato era piuttosto la *regula iuris*²⁰, che come afferma Paolo è una breve narrazione («*Regula est, quae rem quae est breviter*

necessariamente previsti dall'ordinamento, si contrappone la teoria che viceversa ritiene che le ipotesi di apparenza giuridicamente rilevanti siano tipiche e non estendibili in via analogica. Sul punto ci soffermeremo meglio *infra*: par. 2.2.

¹⁸ Si vedano, in particolare, gli storici del diritto romano Pringsheim, Schulz, Bretone.

¹⁹ P. Stein, *Regulae iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims*, University Press, Edinburgh 1966, p. 102.

²⁰ Peraltro, la dottrina da più parti ricorda che l'espressione '*regula*' non nasce – contrariamente a quanto sarebbe legittimo ipotizzare – nel gergo giuridico, bensì vede la sua genesi nei diversi campi della grammatica e dell'architettura. G. Alpa, *I principi generali*, cit., p. 58; M. Miglietta, *Giurisprudenza romana tardo repubblicana e formazione della 'regula iuris'*, in *Sem. Compl.*, 25 (2002), pp. 187-243 (cfr. in particolare p. 226); P. Stein, *Regulae iuris*, cit., p. 58; e di recente A. Palma, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Giappichelli, Torino 2016, in particolare cap. 2, par. 2 (*Origini e natura delle regulae iuris*), pp. 81 ss., al quale si rinvia per approfondimenti e ulteriore bibliografia. Per il ruolo centrale attribuito al giurista, come voce ricognitiva e spinta creatrice, e sul suo rapporto con il giudice, alla cui pronuncia restava comunque ancorata l'individuazione del diritto vigente applicabile alla singola fattispecie, si veda ancora A. Palma, *Il luogo delle regole*, cit., pp. 61 ss. (in particolare par. 8. *Il rapporto tra giudice e giurista*), il quale, trattando dello *ius controversum* come espressione dell'artificialità del diritto, rileva come lo stesso prenda vita per mano di due soggetti, il giurista dal un lato e il giudice dall'altro: «il giudice era colui che governava l'aspetto nomopoietico del processo romano in rapporto al quale i *prudentes* rappresentavano autorevoli coprotagonisti». Nell'ambito della copiosa letteratura relativa allo *ius controversum*, ci limitiamo a citare: C. Beduschi, *Il 'ius controversum' fra razionalità e giustizia*, in *Riv. dir. rom.*, 10 (2010); M. Bretone, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, Bardi, Roma 2008; M. Brutti, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA*, 55 (2012), pp. 75-124; L. Franchini, *Il problema dell'esistenza di un ius controversum in età arcaica*, in *Diritto@Storia*, 13 (2015); P. Giunti, *Ius controversum et separatio bonorum*, AV, Cagliari 1993; W. Kranz, *Das ius controversum*, in *RhM*, 96/2 (1953), pp. 190-191; V. Marotta e E. Stolfi (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi: atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2012; F. Milazzo (a cura di), *Ius controversum e auctoritas principis: giuristi, principe e diritto nel primo impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico 'G. Boulvert' (Copanello, 11-13 giugno 1998)*, ESI, Napoli 2003; A. Palma, *Lo ius controversum espressione dell'artificialità del diritto*, in *SDHI*, 81 (2015), pp. 45-96; Id., *Il luogo delle regole*, cit.; R. Ruggiero, *Il sogno nel cassetto del giurista. 'Ius controversum' in una recente memoria lincea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, Il Mulino, Bologna 2010, pp. 261-270; E. Stolfi, *Dal ius controversum alle antinomie*, in *Legal Roots*, 6 (2017), pp. 377-411; F. Tamburi, *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, in *SDHI*, 77 (2011), pp. 667-681; Id., *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*, vol. 1, Cicerone, ESI, Napoli-Roma 2013. Infine, per una recente analisi di 'un caso di *ius controversum*' si veda P. Arces, *Iav. 5 ex post. Lab. D. 18.1.79. Un caso di ius controversum in Giavoleno*, in L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino (a cura di), *Il diritto romano caso per caso*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 113-128.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica *enarrat*)²¹ ossia – per utilizzare una definizione moderna – un «assunto brachilogico», un'espressione breve e concisa, al tempo stesso riassuntiva della fattispecie e della soluzione ad essa relativa. Tuttavia, il fatto che i giuristi romani operino tramite *regulae* non significa che queste nel loro complesso esauriscano e costituiscano l'essenza del diritto romano. Al contrario, il rapporto è invertito: «era l'applicazione del diritto a dover creare la regola, non la regola a creare diritto»²², come puntualmente ammonisce il giurista Paolo: «*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*»²³.

A riguardo, preme ribadire quanto già anticipato nelle pagine introduttive: non si vuole qui dimostrare che il principio di apparenza del diritto trovasse già cittadinanza nel diritto romano e tanto meno affermare che i giuristi romani avessero già avviato la sua elaborazione scientifica. Piuttosto, il nostro obiettivo sarebbe quello di individuare e rinvenire nell'esperienza giuridica romana tracce di istituti che, attraverso il loro funzionamento e i loro effetti, esprimano una *ratio* avvicinata o paragonabile (per similitudine oppure per contrapposizione) a quella che ispira le moderne manifestazioni dell'apparenza del diritto.

Indispensabile ai fini della questa analisi è anzitutto l'individuazione del fondamento che sorregge e giustifica il principio dell'*apparentia iuris*. Occorre domandarsi cosa intenda tutelare il legislatore attraverso i diversi istituti che fanno capo al principio di apparenza, il quale trova oggi espressione nei diversi rami del diritto (civile ma anche amministrativo) con inevitabili ricadute e corollari anche in quello processuale²⁴. La risposta a tale interrogativo è in verità piuttosto semplice e quasi intuitiva: essa risiede, da un lato (sul piano individuale), nell'esigenza di non trascurare e anzi proteggere l'affidamento ingeneratosi in un soggetto a causa dello stato di apparenza; dall'altro (sul piano generale), nella necessità di garantire certezza e stabilità alle relazioni giuridiche, che risulterebbero inevitabilmente compromesse dall'assenza di sicurezza circa il loro esito²⁵. L'ordinamento ha infatti ritenuto meritevoli di tutela quelle situazioni in cui, a causa dell'apparenza, può ragionevolmente sorgere uno stato di incertezza, di confusione o di fraintendimento in merito alla realtà giuridica, tale da determinare una falsa rappresentazione della realtà da parte dei terzi, del tutto incolpevoli. In tali situazioni sarebbe stato irragionevole, illogico

²¹ D. 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plaut.*): «*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*».

²² Le espressioni citate sono di G. Alpa, *I principi generali*, cit., p. 58.

²³ Il passo è sempre D. 50.17.1 (Paul 16 *ad Plaut.*): cfr. *supra*, nota 21.

²⁴ Come rilevato da M. Fortina, *nota a Cass. Civ., sez. II, 6 dicembre 2013, n. 27409*, cit.: «Applicato alle sue estreme conseguenze, l'apparenza del diritto fa proprio anche l'ulteriore universo parallelo del diritto processuale, di fatto disgiunto dal diritto sostanziale generalmente inteso». Sulle manifestazioni del principio dell'apparenza del diritto nell'ambito del processo si veda *infra*, par. 3.

²⁵ N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 4 rileva come l'importanza del principio di apparenza giuridica sia fondata su una duplice *ratio*: «sul piano individuale, tutela del terzo; sul piano generale, tutela delle esigenze di speditezza dei traffici giuridici». Analoghe motivazioni si rinvencono anche nella definizione di apparenza di A. Falzea, *s.v. Apparenza*, cit., pp. 682-683, che fa riferimento ad una «rafforzata tutela dei terzi» resa necessaria dall'«esigenza di rendere più spedite le varie forme di circolazione giuridica dei beni con l'estendersi del commercio e dei traffici e con l'intensificarsi del ritmo dei rapporti economici».

o quantomeno iniquo far ricadere sui soggetti vittime dell'apparenza le conseguenze del loro comportamento, dal momento che, se fossero stati in grado di riconoscere la realtà giuridica, avrebbero con ogni probabilità orientato diversamente il loro agire.

Il principio dell'*apparentia iuris* si presenta dunque ai nostri occhi come una sorta di 'valvola di sfogo': potremmo intenderlo (con una metafora automobilistica) come una specie di 'airbag', pronto ad esplodere per impedire che gli incidenti causati dalla 'nebbia' dell'apparenza provochino conseguenze lesive e pregiudizievoli. Se al gergo automobilistico si preferisce quello medico-scientifico, si può concordare con chi ritiene che il principio in esame svolga «la funzione vitale di pleura polmonare, evitando che l'inventato e parallelo mondo del diritto astratto sfregghi troppo duramente contro la quotidiana vita reale»²⁶. In ogni caso, si scelga l'una o l'altra definizione, il nucleo centrale non scalfisce e non riduce l'importanza del ruolo ricoperto dall'apparenza nel nostro ordinamento giuridico.

Quanto alle origini del principio in esame, questo nasce in Germania intorno al XIX secolo (attraverso la teoria della *Rechtsschein*²⁷) nell'ambito degli studi portati avanti dalla dottrina tedesca sull'istituto della *Gewere*²⁸, in seno al quale era stata elaborata la tesi della legittimazione formale. In base ad essa si riteneva efficace un atto compiuto dal terzo con un soggetto non titolare del diritto, laddove si fosse creata una situazione di legittimo affidamento sulla base di un titolo di formale investitura, che creava una situazione di apparente titolarità di un diritto in verità inesistente. Tale formale investitura poteva a sua volta fondarsi su atti di pubblica fede o sulle diverse forme di pubblicità. Il principio di apparenza quindi nel sistema tedesco sor-

²⁶ Cfr. M. Fortina, *nota a Cass. Civ., sez. II, 6 dicembre 2013, n. 27409*, cit.

²⁷ Non a caso M. D'Amelio, *s.v. Apparenza del diritto*, cit., p. 714, nel tratteggiare per primo la definizione di apparenza del diritto, richiama proprio la prospettiva germanica, affermando che «i tedeschi ne esprimono sinteticamente il concetto con la parola *Rechtsschein* e i più audaci sostenitori della dottrina sono pronti ad affermare che *Rechtsschein ist alles*». Quanto all'origine e alla diffusione di tale teoria, N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 5 nota 9 osserva che il primo a parlare di *Rechtsschein* fu O. F. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, vol. 1, Dunker & Humblot, Leipzig 1895, pp. 187 ss., utilizzando l'espressione «come unico termine per indicare tanto l'apparenza del diritto quanto il diritto apparente e traduzione della *Gewere* in termini dogmatici». Si vedano, inoltre, gli studi di: P. Krückmann, *Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des Gemeinen Rechts*, in *AcP*, 108/2-3 (1912), pp. 179-434; W. Stintzing, *Besitz, Gewere, Rechtsschein*, in *AcP*, 109/3 (1912.), pp. 347-435; O. Fischer, *Sein und Schein im Rechtsleben*, in *Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik*, 49 (1909), pp. 1437-1462; H. A. Fischer, *Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft*, in *AcP*, 117/2 (1919), pp. 143-192; P. Oertmann, *Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein*, in *ZHR*, 95 (1930), pp. 443-485.

²⁸ E. Huber, *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht: Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern*, Schmid, Francke, Bern 1894; H. Naendrup, *Die Gewere-Theorien*, Münster (Westfalen), 1910. Per un'analisi italiana dell'elaborazione tedesca si veda inoltre R. Moschella, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, cit., pp. 71 ss. Come rilevato dalla dottrina, il *Gewere* non rappresenta però l'unico esempio di traduzione in un istituto giuridico del principio di apparenza, che «consente di considerare le situazioni di fatto in virtù di elemento esteriorizzante» (nel caso del *Gewere* il possesso protratto per un anno ed un giorno). Fra gli ulteriori esempi viene annoverato (cfr. P. Gallo, *Introduzione al diritto comparato*, vol. 2, *Istituti giuridici*, Giappichelli, Torino 2018³, p. 203) anche l'istituto giurisprudenziale, maggiormente recente, della *Verwirkung*, in virtù del quale il mancato esercizio del diritto può comportare la perdita dello stesso.

ge in rapporto al principio di pubblicità²⁹ (*Publizitätsprinzip*³⁰) ed è evidentemente ispirato all'esigenza di tutelare la pubblica fede: qui «l'idea di apparenza dunque non solo è compatibile, ma anzi è collegata essenzialmente con l'idea di formalismo». Del tutto diversa risulta invece la prospettiva italiana, dove il ricorso all'apparenza diviene necessario in presenza di «una situazione di buona fede, giustificata da una situazione di fatto oggettivamente capace di trarre in inganno qualsiasi terzo», che si spiega proprio in ragione della «mancanza di un documento o titolo formale» in grado di fugare dubbi e incertezze³¹. Anzi, è tesi consolidata e ribadita anche dalle più recenti pronunce giurisprudenziali quella che esclude l'invocabilità del principio dell'apparenza del diritto (similmente a quello del legittimo affidamento) a fronte della predisposizione legislativa di particolari mezzi di pubblicità³². In questo senso può dirsi che la pubblicità costituisca «un limite alla

²⁹ M. Bessone e M. Di Paolo, s.v. *Apparenza*, cit., p. 1 sottolineano il collegamento tra apparenza, configurata come «una forma sensibile di manifestazione all'esterno della realtà giuridica» e principio di pubblicità: «come la pubblicità consiste in fatti tipici rigorosamente determinati, e che si sovrappongono alla realtà come guida sicura all'azione dei terzi, così anche le apparenze [...] pur consistendo in elementi variabili, costituiscono per il terzo una guida sicura all'azione». Sul punto cfr. anche A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., p. 684 e N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 6.

³⁰ H. Meyer, *Das Publizitätsprinzip im deutschen Bürgerlichen Recht*, Beck, München 1909; K. A. Criosoli, s.v. *Publizitätsprinzip*, in *Hw. Rw.*, vol. 4, Berlin-Leipzig 1927, pp. 619-624; per il principio di pubblicità nel contesto dell'ordinamento austriaco, si veda, inoltre, A. Exner, *Das Publizitätsprinzip: Studien zum österreichischen Hypothekenrecht*, Munz, Wien 1870.

³¹ Le espressioni citate tra virgolette sono tratte dalle pagine che Angelo Falzea ha dedicato all'argomento e che ancora oggi rappresentano un prezioso punto di partenza per lo studio dell'apparenza giuridica: cfr. A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., pp. 684 ss.

³² Pertinente, a riguardo, è una recente sentenza della Corte di Cassazione, annotata da D. Bruno, *Principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento: non invocabile nei casi in cui la legge prescrive speciali mezzi di pubblicità (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 giugno 2016, n. 12273)*, <<http://www.salvisjuribus.it>>, (2 settembre 2016). Con tale sentenza la Suprema Corte si sofferma sull'applicazione del principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento nell'ambito delle società di capitali soggette al regime di pubblicità legale. La questione da cui i giudici traggono le loro riflessioni attiene ai poteri dei liquidatori di società e alla loro pubblicità, in funzione della proposizione di una domanda di concordato preventivo. Partendo dal rilievo per cui il conferimento di tali poteri è soggetto a particolari formalità (anche pubblicitarie), la cui effettiva e concreta sussistenza risulta verificabile sulla base dell'ordinaria diligenza, la Corte si interroga circa la possibile valenza nei confronti di terzi degli atti posti in essere da un soggetto privo del relativo potere. In merito a tale questione, i giudici hanno escluso qualsiasi potere dei liquidatori ulteriore ed esorbitante rispetto all'ordinario esercizio dell'attività di liquidazione (quale quello di predisposizione e deposito di una domanda di concordato preventivo), dal momento che a riguardo l'art. 2487 bis c.c. impone l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di nomina, che assolve funzione di pubblicità costitutiva. Per tali ragioni, trattandosi di poteri il cui conferimento richiede particolari formalità e la cui esistenza è agevolmente accertabile con l'uso dell'ordinaria diligenza, hanno ritenuto di dover escludere la buona fede in capo a chi abbia fatto erroneamente affidamento sulla sussistenza di un simile potere, senza però preoccuparsi di effettuare i dovuti accertamenti, possibili alla luce del regime di pubblicità anzidetto. Il principio dell'affidamento che l'ordinamento contempla a favore dei terzi non risulta, infatti, invocabile ed applicabile da quanti non abbiano conformato alla dovuta diligenza la propria condotta, come accade per coloro che abbiano ommesso di verificare, attraverso un'ispezione del registro imprese, l'effettiva sussistenza dei poteri in capo ai liquidatori. Per chiarire al meglio i termini della questione e la soluzione accolta dalla Corte, riteniamo opportuno riportare la massima con cui la sentenza annotata ha confermato il principio già precedentemente accolto da Cass. Civ., sez. I, 3 marzo 2010 (dep. 29 aprile 2010), n. 10297: «Il principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento, traendo origine dalla legittima e quindi

efficacia dell'apparenza»³³, quasi che fra le due sussista una sorta di relazione di proporzionalità inversa. Come autorevolmente sostenuto in dottrina, si tratta di «strumenti concorrenti di tutela giuridica di una medesima esigenza pratica»³⁴, che in quanto tali vicendevolmente si integrano e, laddove portati alla loro massima espansione, reciprocamente si escludono.

Proprio il diverso fondamento e soprattutto la differente funzionalizzazione del principio dell'apparenza nei diversi ordinamenti (tedesco e italiano) spiegherebbe perché nel primo l'istituto abbia subito una tendenziale perdita di importanza, rimanendo assorbito all'interno del principio di pubblicità, a differenza del secondo, in cui invece ha progressivamente visto accrescere la sua fortuna e ampliarsi il proprio ambito applicativo³⁵. Anzi, probabilmente può affermarsi – come in effetti è stato sostenuto – che la diffusione e il successo della dottrina dell'apparenza del diritto nel nostro ordinamento sono conseguenza proprio di un sistema di pubblicità rivelatosi carente ed inidoneo a consentire l'accertamento dell'effettivo *status quo*³⁶.

incolpevole aspettativa del terzo³³ di fronte ad una situazione ragionevolmente attendibile, ancorché non conforme alla realtà, non altrimenti accertabile se non attraverso le sue esteriori manifestazioni, non è invocabile nei casi in cui la legge prescrive speciali mezzi di pubblicità mediante i quali sia possibile controllare con l'ordinaria diligenza la consistenza effettiva dell'altrui potere, come accade nel caso di organi di società di capitali regolarmente costituiti», la cui istituzione ed i relativi poteri sono soggetti ad un preciso regime pubblicitario che assolve funzioni finanche costitutive. La Corte ha però aggiunto, in parziale deroga al principio affermato, che «tuttavia, anche in tale ipotesi, il principio dell'affidamento può essere invocato, qualora il potere sulla cui esistenza si assume di aver fatto incolpevolmente affidamento possa sussistere indipendentemente dalla sua regolamentazione statutaria e possa essere conferito per determinati atti e senza particolari formalità».

³³ Così si esprimono Mario Bessone e Massimo Di Paolo, ribadendo come tale principio trovi puntuale riscontro nell'orientamento giurisprudenziale che esclude che il principio di apparenza possa essere invocato quando la situazione che si pretende apparente sia in contrasto con fatti giuridici risultanti dalla pubblicità legale. Per i riferimenti alle sentenze da cui viene estrapolato il principio in esame, si rinvia a M. Bessone e M. Di Paolo, *s.v. Apparenza*, cit., p. 3.

³⁴ S. Pugliatti, *La trascrizione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, A. Cicu e F. Messineo (diretto da), vol. 14, Giuffrè, Milano 1957, pp. 264-265: «la c.d. apparenza può assumere la funzione di mezzo complementare, là dove la pubblicità si attua pienamente e compiutamente, deve escludersi ogni autonoma tutela dell'apparenza, comunque venga intesa».

³⁵ A. Falzea, *s.v. Apparenza*, cit., p. 685. Si veda, inoltre, P. Gallo, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 205, il quale rileva come la teoria dell'apparenza penetrò in Italia, nei codici civili prima del 1865 e poi del 1942, veicolata anche dall'inserimento al suo interno di alcune norme che dell'apparenza costituivano espressa applicazione, rappresentando il precipitato storico di quelle contenute nel *Code Napoléon* francese. A coglierne l'importanza e a percepirla per primo il contenuto fu Mariano D'Amelio, allora presidente della Corte di Cassazione, il quale elaborò una nozione generale di apparenza, che ancora oggi costituisce un imprescindibile punto di partenza per chi intenda studiare l'argomento, non a caso confluita nel *Nuovo* e poi nel *Novissimo Digesto Italiano*, alla quale non possiamo non fare rinvio: M. D'Amelio, *s.v. Apparenza del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1, Utet, Torino 1957, pp. 714-719; e prima Id., *L'apparenza del diritto nella giurisprudenza francese*, in *Mon. trib.*, 75 (1934), pp. 641-643.

³⁶ Tale circostanza era già stata intuita da M. D'Amelio, *s.v. Apparenza del diritto*, cit., p. 719, il quale rilevava che l'apparenza «è una dottrina ispirata dalla realtà della vita e dalle condizioni imperfette del nostro sistema pubblicitario nel diritto». Ad avviso dell'Autore, infatti, la dottrina dell'apparenza avrebbe avuto «fortuna a causa del difettoso sistema di pubblicità contenuto nel sistema legislativo», in quanto «dove non è facile sincerarsi sulla realtà di certe situazioni giuridiche, è necessario proteggere la buona fede di chi ha scambiato l'apparenza per realtà e si è regolato di conseguenza. Dove, invece, la legge coi sistemi di pubblicità pone il contraente nella condizione di accertarsi del vero stato delle cose, non è necessario elevare a principio giuridico la massima che l'essere sta nel parere». Per questo motivo «in

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

In merito a quest'ultimo punto, ossia l'introduzione, evoluzione e progressiva affermazione del principio di apparenza in Italia, la dottrina ha rilevato come ad un'iniziale diffidenza nei confronti del principio in esame sia seguito un suo «franco ed integrale accoglimento», con conseguente superamento e abbandono delle precedenti teorie della tutela dell'aspettativa e del possesso dei diritti³⁷; teorie a cui si era fatto inizialmente ricorso per offrire risposta alle nuove istanze di certezza del diritto e dei traffici giuridici, nonché di garanzia di stabilità delle relazioni commerciali. Esigenze alle quali – come rilevato dalla dottrina che si è occupata di studiare il fenomeno anche in una prospettiva comparatistica³⁸ – si era cercato di offrire risposta nei vari paesi in base a criteri diversi, quali i *principles of equity* nei paesi di *common law* e il principio dell'«errore comune» in Francia³⁹. Quest'ultimo – tradizionalmente riassunto dalla massima «*error communis facit ius*» – è stato definito come «l'opinione errata della collettività», «la convinzione generale in forza della quale tutti ritengono che lo stato di fatto corrisponde allo stato di diritto».

Infine, è interessante ricordare che, proprio per spiegare tale principio, la dottrina ha fatto ricorso ad un esempio tratto da un brano di Ulpiano contenuto nel Digesto e riferito alla vicenda di Barbario Filippo (*Philippus Barbarius*): uno schiavo che, celando la sua condizione servile, riuscì ad accedere alla magistratura pretoria e ad esercitarla per lungo tempo⁴⁰.

generale si può dire che il sistema della pubblicità e quello dell'apparenza hanno un cammino parallelo. Dove la realtà si afferma, l'apparenza non conta più». L'intuizione di D'Amelio è stata, poi, ripresa anche dalla dottrina successiva: cfr. M. Bessone e M. Di Paolo, *s.v. Apparenza*, cit., p. 3, secondo cui «le fortune della dottrina dell'apparenza del diritto nel nostro ordinamento scaturiscono dall'insufficienza del sistema di pubblicità».

³⁷ Sulle teorie dell'aspettativa e del possesso dei diritti si vedano: G. Venezian, *La tutela dell'aspettativa, Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Bologna (letta il 7 marzo 1900)*, Zanichelli, Bologna 1900 (= *Opere giuridiche*, vol. 2, *Studi sui diritti reali e sulle trascrizioni, le successioni, la famiglia*, Athenaeum, Roma 1920, pp. 159-180); E. Finzi, *Il possesso dei diritti*, Giuffrè, Milano 1968 (rist. dell'ed. Athenaeum, Roma 1915¹); G. Brini, *Possesso delle cose e possesso dei diritti nel diritto romano*, Bretschneider, Roma 1978 (rist. anast. dell'ed. Zanichelli, Bologna 1906).

³⁸ Cfr. in particolare M. D'Amelio, *s.v. Apparenza del diritto*, cit., pp. 714 ss.; A. Falzea, *s.v. Apparenza*, cit., p. 683; P. Gallo, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 201 ss.

³⁹ Sul principio dell'errore comune si veda: H. Mazeaud, *La maxime 'error communis facit jus'*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 23 (1924), pp. 929-964; e, inoltre, L. Cremieu, *De la validité des actes accomplis per l'héritier apparent*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 9 (1910), pp. 39-82; nonché, tra la dottrina italiana: M. Bessone, *Errore comune e affidamento nella disciplina del contratto (nota a Cass. Civ., sez. III, 29 aprile 1965, n. 773)*, in *Foro it.*, 1 (1966), pp. 1572-1585.

⁴⁰ La definizione di «errore comune» citata e il riferimento al caso di *Philippus Barbarius* contenuto nel brano ulpiano sono di M. D'Amelio, *s.v. Apparenza del diritto*, cit., p. 716, il quale ammonisce circa la necessità di non confondere il principio dell'*error communis* con la dottrina dell'apparenza del diritto. Mentre, infatti, nel primo caso è l'errore comune stesso a trarre in inganno le persone di buona fede, indipendentemente dal contegno o comportamento del soggetto cui l'errore si riferisce, nell'apparenza del diritto è proprio tale comportamento ad essere rilevante, in quanto causativo dell'inganno del terzo. Sulla vicenda di Barbario Filippo, «schiavo fuggitivo diventato pretore», si vedano anche A. Guarino, *La pretura di Barbario Filippo*, in *ANA*, 99 (1988), pp. 273-278; G. Poma, «*Servi fuggitivi*» e schiavi magistrati in età triumvirale, in *Index*, 15 (1987), pp. 149-174. Il caso di *Philippus Barbarius* «nominato pretore sebbene schiavo» è menzionato anche da R. Sacco, *s.v. Apparenza*, cit., p. 353, il quale lo identifica come caso – per quanto «isolato e assai peculiare» – di apparenza nell'ambito del diritto romano.

D. 1.14.3 (Ulp. 38 *ad Sab.*): *Barbarius Philippus cum servus fugitivus esset, Romae praeturam petiit et praetor designatus est. Sed nihil ei servitutem obstetisse ait Pomponius, quasi praetor non fuerit: atquin verum est praetura eum functum. Et tamen videamus: si servus quamdiu latuit, dignitate praetoria functus sit, quid dicemus? Quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? An fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio iure? Et verum puto nihil eorum reprobari: hoc enim humanius est: cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. Quod ius multo magis in imperatore observandum est.*

2. Le articolazioni del principio dell'apparenza del diritto: classificazioni dottrinali, fattispecie legislative e orientamenti giurisprudenziali

2.1 Le due tipologie di *apparentia iuris*: apparenza pura e apparenza colposa

Finora abbiamo cercato di ricostruire i connotati fondamentali del principio dell'*apparentia iuris*, ripercorrendo le definizioni che dello stesso sono state prospettate e cercando di individuarne la *ratio*, l'origine storica e la successiva evoluzione nei diversi contesti in cui lo stesso si è affermato.

Tracciate dunque le linee fondamentali in cui inquadrare il principio, occorre adesso completare la trattazione attraverso l'esposizione delle articolazioni interne allo stesso, che hanno portato gli autori a distinguere l'apparenza in due fondamentali sottocategorie. Dopodiché, delineata questa differenza, prenderemo brevemente in considerazione le varie fattispecie legislative espressione del principio di apparenza, che precludono al problema (di non pacifica soluzione) della loro tipicità o, viceversa, applicabilità in via analogica, su cui tanto gli interpreti in dottrina e in giurisprudenza hanno soffermato la loro attenzione.

Posta la definizione generale del principio di apparenza del diritto e chiarita la *ratio*, occorre subito aggiungere che all'interno di tale generica categoria la dottrina prevalente suole individuare due diverse forme di apparenza giuridica, distinguendo l'apparenza 'pura' o oggettiva dall'apparenza cosiddetta 'colposa'.

Fra queste, la prima si verifica nei casi (espressamente previsti e disciplinati dalla legge) in cui la situazione apparente risulta da circostanze oggettive, univoche e in ogni caso non imputabili alla condotta di alcun soggetto. Rientrano in questa prima categoria di apparenza gli istituti dell'erede apparente (o meglio, le convenzioni a titolo oneroso con questo stipulate in buona fede in base all'articolo 534 c.c.) e del pagamento al creditore apparente, previsto e disciplinato all'articolo 1189 del nostro codice civile⁴¹.

⁴¹ Sulle figure dell'erede apparente e del creditore apparente ci soffermeremo in dettaglio nel proseguo della trattazione: cfr. cap. 2 (per quanto concerne l'erede apparente) e cap. 3 (in merito al pagamento al creditore apparente e alla sua distinzione rispetto alla diversa figura dell'*adiectus solutionis causa*). Ulteriori casi di apparenza 'pura' riconosciuti dal legislatore sono individuati da M. Bessone e M. Di Paolo, s.v. *Apparenza*, cit., p. 3, i quali in particolare vi includono: l'acquisto della proprietà per usucapione decennale (art. 1159 c.c.); gli atti compiuti dal mandatario prima di conoscere l'estinzione del mandato

La seconda tipologia di *apparentia iuris* (non prevista espressamente dal codice ma di creazione giurisprudenziale⁴²) è così definita in quanto originata da un comportamento 'colposo' di un soggetto, il quale col proprio agire ha determinato lo stato di apparenza, ingenerando confusione e fraintendimento nei terzi. Per la sussistenza di un'apparenza colposa è richiesta quindi – oltre all'oggettiva apparenza della situazione giuridica e all'errore scusabile del terzo, che abbia ragionevolmente fatto affidamento nella veridicità di quanto ai suoi occhi appare – anche un comportamento doloso o quantomeno colposo da parte di colui (spesso il titolare effettivo del diritto) che abbia determinato o contribuito a determinare l'errore del terzo⁴³. Con l'ulteriore conseguenza che chi sia stato cagione dell'errore scusabile sarà tenuto, in diversa maniera, a rispondere nei confronti del terzo caduto in errore a causa dello stato di apparenza così determinato. L'autore dell'apparenza sarà, infatti, per la stessa responsabile e subirà gli effetti (anche sfavorevoli) che ad essa conseguono. Questa seconda tipologia, a differenza della prima, non è presente nel dettato codicistico, essendo di creazione giurisprudenziale; nonostante ciò essa opera in una pluralità di situazioni, la principale delle quali è rinvenibile in tema di rappresentanza apparente⁴⁴. In questo caso, come avremo modo di spiegare, chi agisce e pone in essere atti come se fosse un vero rappresentante – ossia colui che viene tradizionalmente indicato con il nome di *falsus procurator* – risponderà del suo operato e sarà responsabile nei confronti di quanti abbiano fatto affidamento sulla situazione apparente.

Ciò che emerge dall'enucleazione di queste ulteriori figure di apparenza, che abbiamo qualificato come 'colpose', è la tendenza della giurisprudenza ad accentuare e sottolineare «l'aspetto soggettivo e individualizzante»⁴⁵ da un duplice punto di vista: sia quello del soggetto a cui svantaggio l'apparenza opera (dato che la creazione dello stato di apparenza idoneo ad ingenerare l'errore del terzo deve essere a lui imputabile, in quanto determinato dal suo comportamento, *lato sensu* inteso); sia di quello del soggetto a cui vantaggio l'apparenza interviene (dal momento che a questo, al contrario del primo, non deve essere addebitabile alcuna colpa). L'errore in cui incorre deve essere un errore del tutto giustificabile alla luce della situazione di fatto; un errore in cui sarebbe potuto cadere chiunque, nonostante l'uso dell'ordinanza diligenza; un errore, in definitiva, oggettivamente scusabile.

(art. 1729 c.c.); le annotazioni sul libretto di deposito a risparmio firmate dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio (art. 1835 c.c.).

⁴² Il principale esempio di questa seconda categoria di apparenza giuridica è costituito dal rappresentante apparente, meglio noto come *falsus procurator*, sul quale ci soffermeremo più avanti (cfr. cap. 4). Sul tema dell'apparenza 'colposa', si veda inoltre: D. Minussi, *Un singolare orientamento della Cassazione sull'apparenza colposa (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 febbraio 1993, n. 2020)*, in *Corr. giur.*, 7/2 (1993), pp. 826-833.

⁴³ M. Bessone e M. Di Paolo, *s.v. Apparenza*, cit., p. 3.

⁴⁴ Anche per quanto riguarda la rappresentanza apparente e la figura del *falsus procurator* rinviamo alle pagine che seguono, in particolare al capitolo 4, nel quale si cercherà di inquadrare tale istituto e di rintracciarne le origini storiche nell'ambito del diritto romano attraverso lo studio delle fonti tramandateci dai giuristi latini.

⁴⁵ Così si esprime N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 23 nel sintetizzare la distinzione tra i due significati del principio di apparenza: quella 'pura', enucleata dalla dottrina e tipizzata nelle fattispecie legali citate, e quella 'colposa', di matrice giurisprudenziale.

2.2 Le principali manifestazioni dell'apparenza del diritto e la loro applicabilità in via analogica: verso il superamento della tipicità e l'affermazione di un principio generale di apparenza

La prospettata distinzione tra apparenza pura e apparenza colposa, che in certo modo riproduce ed esprime la diversa risposta che rispetto al problema dell'*apparentia iuris* è stata offerta in dottrina e giurisprudenza, ci pone di fronte ad un quesito fondamentale ma estremamente problematico, sul quale gli interpreti continuano tuttora ad interrogarsi: l'apparenza del diritto può considerarsi un principio generale del diritto?

Al riguardo, la nostra opinione non è rimasta a lungo nascosta, dal momento che già nelle prime pagine non abbiamo esitato a definire l'apparenza come un principio. Il che, peraltro, ci ha imposto di motivare la scelta di ricercarne il fondamento nel sistema giuridico di Roma antica, che con l'enucleazione di principi generali aveva – come già chiarito – se non assoluta estraneità quanto meno scarsa familiarità, privilegiando un approccio casistico, maggiormente conforme alla mentalità pragmatica (potremmo dire di '*problem solving*') propria del diritto romano⁴⁶. Tuttavia, in quel contesto abbiamo anche avvisato, rinviando ad un momento successivo la trattazione del problema, che la qualificazione dell'apparenza alla stregua di un *principium iuris* è stata – ed in parte è ancora – tutt'altro che pacifica. È giunto adesso il momento di tornare brevemente sull'argomento, per poi passare a trattare un ultimo aspetto che preme chiarire, ossia il confronto e la distinzione dell'apparenza rispetto ad ulteriori figure ed istituti giuridici ad essa affini.

La questione relativa alla possibilità di elevare il principio di apparenza nel 'mondo celeste' dei principi giuridici è connessa al problema – che in un certo senso rappresenta il risvolto della medaglia – della tassatività delle ipotesi di apparenza disciplinate dal diritto o, viceversa, della possibilità di un'applicazione analogica a casi che, pur diversi e non espressamente contemplati, condividano con esse la *eadem ratio*.

In merito a tale problema, il quale proprio per i relevantissimi risvolti pratici che origina è stato già in passato definito come il «più importante di tutta la dottrina dell'apparenza», diverse sono state le opinioni nel tempo susseguites. L'atteggiamento maggiormente diffuso, soprattutto negli anni passati, manifestava una certa ostilità all'allargamento dei confini del principio di apparenza e alla sua conseguente applicabilità anche al di là delle ipotesi legislativamente previste⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. *supra*. Sull'asserito pragmatismo dell'esperienza giuridica di Roma antica e sul «se i giuristi romani fossero davvero 'più concreti', e in qual senso» si veda l'intervento di L. Lantella, *La concretezza dei Romani come fatto e come valore*, in *Index*, 5 (1974-1975), pp. 24-29, nonché le successive pagine (pp. 30-37), che riportano le considerazioni conclusive dei professori Giuseppe Grosso (pp. 30-35) e Filippo Gallo (pp. 35-37), esposte al termine dell'ampio dibattito che chiuse il «colloquio camerte sulla concretezza della giurisprudenza romana», con interventi di Ignazio Buti, Luigi Capogrossi Colognesi, Mario Caravale, Pier Giovanni Caron, Settimio Di Salvo, Luigi Labruna.

⁴⁷ Particolarmente ostile al riconoscimento di un principio generale di apparenza del diritto è G. Stolfi, *L'apparenza del diritto*, cit., pp. 35, 37, 40; sulla stessa linea si pone A. Verga, *Osservazioni in tema di apparenza*, cit., pp. 195 ss. Fortemente critica anche l'opinione di L. Coviello, *La rappresentanza dei non concepti e la buona fede dei terzi (nota a Cass. Civ., sez. I, 22 maggio 1931)*, in *Foro it.*, 1 (1932),

Il fenomeno era considerato dai più come uno «*jus singulare*», come «una deviazione dai principii ammessa dal legislatore *utilitatis causa*» che, proprio in virtù della sua eccentricità ed eccezionalità, doveva rimanere rigidamente circoscritta alle ipotesi *ex lege* individuate. Al contrario, una generalizzata sostituzione dell'apparenza alla realtà avrebbe provocato un inquinamento o addirittura un «avvelenamento» del sistema, aprendo le porte ad orizzonti che travalicano il diritto vigente e che la dottrina non ha esitato a definire di «futurismo giuridico»⁴⁸.

Pur non essendo mancate alcune aperture rispetto alla possibilità dell'utilizzo dell'*analogia iuris* in ordine all'apparenza e alla sua formulazione in termini di principio generale, un contributo decisivo a riguardo è pervenuto (più che dalla voce della dottrina) dagli interventi giurisprudenziali, che hanno determinato in via di fatto un ampliamento del campo applicativo della teoria dell'apparenza. Fra le diverse materie in cui si è mossa la giurisprudenza, particolare importanza (soprattutto per le non marginali implicazioni sul piano economico e patrimoniale che può comportare) ricopre quella registratasi nell'ambito del diritto commerciale, attraverso il riconoscimento delle figure dell'imprenditore apparente e soprattutto della società apparente⁴⁹ (come distinta dalla società di fatto, da quella simulata e da quella occulta⁵⁰).

pp. 1315-1320; nonché quella di A. Torrente, *In tema di procura apparente (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 dicembre 1957, n. 4703)*, in *Foro it.*, 1 (1958), pp. 391-392. Per ulteriori riferimenti a posizioni affini a quelle citate, si rinvia alle indicazioni bibliografiche offerte da A. Falzea, *s.v. Apparenza*, cit., p. 699 nota 65.

⁴⁸ L'espressione 'futurismo giuridico' per descrivere il fenomeno dell'apparenza è stata coniata da L. Coviello, *La rappresentanza dei non concepiti e la buona fede dei terzi*, cit., p. 1318, cui si riferiscono anche le altre citazioni riportate: «L'art. 933 quindi rappresenta una deviazione dai principii ammessa dal legislatore *utilitatis causa*, e trattasi pertanto di *jus singulare* in cui l'apparenza sostituisce la realtà, ma ci sembra assurdo volere costruire sulla base di esso una dottrina generale sull'apparenza giuridica, che col pretesto della protezione delle aspettative dei terzi, finirebbe con l'autorizzare ogni spoliazione dei legittimi proprietari. Ciò potrà costituire *futurismo giuridico*, ma non è conforme al diritto vigente». La qualificazione dell'apparenza alla stregua di un autentico 'veleno', capace di inquinare irreversibilmente la costruzione del nostro sistema giuridico è, invece, propria di A. Torrente, *In tema di procura apparente*, cit., p. 392, il quale, temendo una sovversione del regime di pubblicità legale, mette in guardia dal «veleno che si può nascondere nella bonaria teoria dell'apparenza: perfino passare sopra sulla necessità della forma scritta stabilita *ad substantiam*».

⁴⁹ In tema di società apparente, società di fatto e società occulta numerosi sono i contributi dottrinali, tra i quali ci limitiamo a ricordare: C. Angelici, *s.v. Società di fatto ed irregolare*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 29, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1993, pp. 1-8; Id., *s.v. Società apparente*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 29, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1993, pp. 1-4; W. Bigiavi, *Società occulta, società palese, società apparente (Audizione e legittimazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2 (1957), pp. 528-586; A. Butera, *Sull'apparenza del diritto, con riguardo agli acquisti dei terzi in mala fede dalle anonime fittizie*, in *Foro it.*, 4 (1934), pp. 73-81; V. E. Calusi, *Apparenza del diritto e società commerciali (note critiche)*, in *Dir. fall.*, 32/1 (1957), pp. 270-286; A. Cicu, *Simulazione di società commerciali (nota a App. Milano, 27 dicembre 1934)*, in *Riv. dir. comm.*, 34/2 (1936), pp. 141-153; F. De Marco, *Rappresentanza e legittimazione processuale nelle società di persone (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 febbraio 1953, n. 514)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/3 (1953), pp. 156-158; Id., *Società di fatto e apparenza giuridica (nota a Cass. Civ., sez. I, 24 aprile 1953, n. 1185)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/3 (1953), pp. 179-181; Id., *In tema di società occulta (nota a Cass. Civ., sez. I, 10 aprile 1953, n. 937)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/4 (1953), pp. 124-128; Id., *Rapporti interni e manifestazioni esteriori nelle società di fatto (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 aprile 1953, n. 971)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/4 (1953), pp. 473-474; Id., *Società occulta ed esteriorizzazione verso i terzi (nota a Cass. Civ., sez. I, 20 maggio 1953, n. 1474)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/5 (1953), p. 59; F. M. Dominedò, *Le anonime apparenti: nuovi problemi nel diritto delle società*, in *Studi sen.*, 45 (1931), pp. 225-315; F. Ferrara, *Società etichetta e società ope-*

Senza poter scendere nel merito del problema, affascinante ma estremamente complesso, ci limitiamo ad osservare che rispetto alla società apparente – il cui presupposto è la cosiddetta ‘esteriorizzazione’ di un vincolo sociale in verità inesistente – la giurisprudenza è giunta a risultati rilevanti. Sempre in un’ottica di tutela dell’affidamento dei terzi, che in questi casi assumono per lo più la veste di creditori, ha affermato la responsabilità di coloro che si comportano e si presentano all’esterno come soci per le obbligazioni contratte in nome della società apparente, come se essa realmente esistesse; nonché, in taluni casi – non senza incontrare l’opposizione della dottrina – ha ritenuto assoggettabile a fallimento sia la società apparente, sia il socio apparente eventualmente presente in una società palese.

Oltre a quello appena citato, altri esempi di applicazione in via analogica della teoria dell’apparenza giuridica si sono registrati con riferimento a due ulteriori ambiti attorno ai quali spesso si snodano le relazioni giuridiche e le controversie fra privati, quali quello dei titoli di credito, nonché di recente quello condominiale, attraverso il riconoscimento della figura del condominio apparente⁵¹.

rante, in *Riv. dir. civ.*, 2 (1956), pp. 650-671; V. Franceschelli, *In tema di società di fatto e di società apparente (nota a decr. Trib. Milano, 19 giugno 1976)*, in *Giur. comm. soc. fall.*, 5/2 (1978), pp. 149-169; F. Galgano, *Società occulta, società apparente: gli argomenti di prova del rapporto sociale*, in *Contr. impr.*, 3/3 (1987), pp. 702-724; Id., s.v. *Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 16/1, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1989, pp. 1-9; E. Heinitz, *Apparenza del diritto e simulazione di società (nota a Cass. Civ. 28 luglio 1943)*, in *Riv. dir. comm.*, 43/2 (1945), pp. 63-69; F. Pestalozza, *La società occulta nella vecchia e nella nuova legge (nota a Trib. Milano, 10 dicembre 1949)*, in *Riv. dir. comm.*, 48/2 (1950), pp. 221-237; G. Romagnoli, *Società occulta, società apparente ed esigenze equitative*, in *Le Società*, 18/1 (1999), pp. 35-40; V. Salandra, *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 30/1 (1932), pp. 290-314; G. Scalone, *Esteriorizzazione del vincolo sociale e sua influenza sul processo formativo della società*, in *Banca borsa*, 14/2 (1951), pp. 291-297; G. Spatazza, *La società di fatto*, Giuffrè, Milano 1981; P. Spera, *La società di fatto: recenti orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano 2008; M. Vacchiano, *Il fallimento della società di fatto*, Giuffrè, Milano 2004. Sul tema si vedano anche le osservazioni di A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., pp. 700-701; M. Bessone e M. Di Paolo, s.v. *Apparenza*, cit., p. 5; N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., pp. 79 ss.

⁵⁰ Si utilizza l’espressione ‘società apparente’ per qualificare il comportamento di due o più persone che, pur non essendo legate da un vincolo sociale, operano all’esterno come se lo fossero, ingenerando il convincimento circa la loro natura di soci. Diverso è il concetto di ‘società di fatto’, che rappresenta una *species* rientrante nel *genus* delle società irregolari, cioè le società non iscritte nel registro delle imprese. In particolare, la ‘società di fatto’ si fonda o su un accordo soltanto verbale, o anche sul comportamento concludente dei soci. Entrambe devono, poi, essere distinte dalla ‘società simulata’, che è soltanto parzialmente sovrapponibile a quella apparente, tanto che qualcuno ritiene che sia una *species* di questa. Infatti, nella ‘società simulata’ si verifica una situazione di apparenza, che però è realizzata e voluta dagli stessi soci, che stipulano un contratto di società del quale non desiderano gli effetti. Infine, istituto ancora diverso è la ‘società occulta’, nella quale il vincolo sociale è effettivamente esistente, però non viene manifestato all’esterno, in quanto i soci si sono accordati per mantenerlo segreto. Quest’ultima ipotesi è dunque opposta rispetto a quella della ‘società apparente’: nella prima all’esterno opera una persona fisica, che ha alle spalle una società; invece, nella seconda il soggetto apparentemente agente è la società, la quale però giuridicamente non esiste.

⁵¹ In merito al ‘condominio apparente’ è sorta la questione della legittimazione passiva al pagamento delle spese condominiali, rispetto alla quale la giurisprudenza ha manifestato orientamenti diversi. La soluzione del contrasto giurisprudenziale *de quo* è giunta con la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 5035 dell’8 aprile 2002, la quale ha escluso l’operatività in materia di condominio del principio dell’apparenza e, conseguentemente, riconosciuto l’obbligo di pagamento delle spese condominiali solo in capo al condominio effettivo e non a quello che appaia tale. Si riporta per chiarezza il principio accolto dalle Sezioni Unite, che è stato costantemente ribadito dalle successive pronunce in

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Se l'emersione di tali figure di apparenza – nuove rispetto a quelle individuate dal legislatore – rivela indubbiamente un'apertura da parte dei giudici a riconoscere nell'apparenza un canone generale dell'ordinamento, occorre parimenti rilevare che il campo d'azione della giurisprudenza si è però sempre mantenuto entro i confini di quella che abbiamo definito apparenza 'colposa', senza mai spingersi ad ipotizzare fattispecie di apparenza 'pura' ulteriori e diverse rispetto a quelle tipizzate dal codice. Se dunque l'atteggiamento prudente e oculato delle Corti impone in certo modo di ridimensionare l'entusiasmo di fronte alle aperture segnalate, una simile cautela non può certo essere soggetto di biasimo neppure da parte di quanti, come chi scrive, accolgano con favore la prospettiva del riconoscimento di un principio generale di apparenza. Anche nell'affermare l'opportunità di un ampliamento oltre i casi tipici, occorre infatti sempre guardarsi dal rischio di oltrepassare il limite e scadere in un utilizzo smodato e ultroneo, piegando il principio di nuovo conio verso fattispecie o istituti rispetto ai quali non si manifesterebbe l'esigenza, disponendo gli stessi già di un compiuto disciplinamento ad opera del nostro diritto positivo⁵².

Riteniamo dunque che con favore possa essere salutata la tendenza verso la concessione di cittadinanza nel nostro ordinamento al principio dell'*apparentia iuris*⁵³, a patto che dello stesso se ne effettui un utilizzo attento e ponderato, indirizzato alla luce dei principi – quelli sì innegabilmente fondamentali e universali – di moderazione e ragionevolezza, che sempre devono orientare l'azione dell'interprete e dell'operatore giuridico.

3. Il principio di apparenza nel diritto processuale

3.1 Il principio di apparenza e la prevalenza della sostanza sulla forma

Nel tentativo di delineare in maniera sintetica, ma quanto più possibile completa, l'ambito applicativo dell'*apparentia iuris*, occorre rilevare come tale principio non abbia cittadinanza esclusivamente con riferimento al diritto sostanziale, potendo trovare spazio anche in quel diverso campo (che rispetto al primo si pone come complementare e strumentale) rappresentato dal diritto processuale.

materia: «in caso di azione giudiziale dell'amministratore del condominio per il recupero della quota di spese di competenza di una unità immobiliare di proprietà esclusiva, è passivamente legittimato il vero proprietario di detta unità e non anche chi possa apparire tale» (Cass. Civ., Sez. Un., sent. 8 aprile 2002, n. 5035, par. 9). Per un'analisi della pronuncia e, più in generale, della questione relativa al condominio apparente si rinvia al capitolo 10 (intitolato proprio '*Il condomino apparente*') della monografia di N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., pp. 131 ss.

⁵² Questa è l'opinione anche di A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., p. 701: «la legittimità del principio non può tuttavia autorizzare impieghi incauti, specie in relazione a fattispecie che trovano già nella nostra legge una compiuta disciplina». Questo il motivo per cui egli ritiene «azzardato» il richiamo al principio di apparenza operato dalla giurisprudenza in tema di mandato e di circolazione dei titoli di credito.

⁵³ La tendenza al riconoscimento dell'apparenza come *principium iuris* è dimostrata anche dal fatto che ormai pressoché tutti i manuali istituzionali di diritto civile e privato dedicano pagine specifiche alla sua trattazione, affrontata in via generale e non semplicemente nell'ambito dell'esposizione dei singoli istituti che ne costituiscono espressione.

Anche in questo caso, pur trattandosi di un settore differente e regolato dai propri principi, il motore che mette in moto la macchina dell'apparenza è il medesimo: la certezza delle soluzioni giuridiche, da un lato, il legittimo e incolpevole affidamento dei terzi, dall'altro⁵⁴.

Un problema di certezza e di affidamento potrebbe porsi, ad esempio, nell'ipotesi, portata all'attenzione della Suprema Corte di Cassazione⁵⁵, di errore circa l'identità del provvedimento emanato dal giudice: in particolare, qualora il giudice emetta un provvedimento qualificandolo erroneamente come sentenza, laddove trattasi invece di ordinanza. Il fatto che il provvedimento sia emesso in veste di sentenza (e dunque che lo stesso appaia agli occhi del destinatario come una sentenza e non come un'ordinanza) mette in moto tutta una serie di meccanismi – primo fra tutti quello impugnatorio – i cui effetti e il cui svolgimento saranno conseguenza proprio di quella particolare apparenza. È infatti evidente che le facoltà spettanti al destinatario di un provvedimento – *in primis* quella di impugnare – si attingeranno in maniera diversa in base alla tipologia di atto e non saranno certo le stesse a seconda che si tratti di sentenza o di ordinanza.

Il rischio di un simile errore nell'emanazione del provvedimento finale, oggi indubbiamente ridotto a seguito del cosiddetto 'decreto di semplificazione dei riti'⁵⁶, non era in passato così infrequente, stante l'elevato numero di riti processuali previsti. Fino a non molti anni fa non rappresentava un'eventualità remota il fatto che un certo procedimento si concludesse con una sentenza, quando invece, in virtù della specialità della materia e del relativo rito, il corretto provvedimento avrebbe dovuto essere un'ordinanza. Tale circostanza avrebbe dunque innescato, come reazione a

⁵⁴ La Suprema Corte evidenzia in modo lineare come «le esigenze di certezza dei rimedi impugnatori» sono da preferire «rispetto a quelle sostanziali e contenutistiche».

⁵⁵ Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2011, n. 390.

⁵⁶ Il 'decreto di semplificazione dei riti' è il nome con cui viene comunemente individuato il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (G.U. 21 settembre 2011), recante «Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69». Il decreto, in attuazione della delega attribuita con la legge 69/2009, ha realizzato la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione rientranti nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario ma regolati da leggi speciali, riconducendoli sostanzialmente ai tre modelli unitari previsti dal codice di procedura civile, ossia: il modello principale rappresentato dal rito ordinario di cognizione (titolo I e titolo III del libro II c.p.c.); il rito, maggiormente rapido e snello, relativo alle controversie in materia di rapporti di lavoro (sezione II, capo I, titolo IV del libro II c.p.c.); e, infine, il nuovo rito sommario di cognizione (capo III-bis, titolo I del libro IV, art. 669-bis ss. c.p.c.), recentemente introdotto ad opera della stessa legge 69/2009. Il decreto, in particolare, ha inteso porre un argine al fenomeno di proliferazione dei modelli processuali che aveva connotato l'evoluzione normativa dei decenni precedenti, che, pur animata dal nobile intento di garantire celerità a determinate categorie di processi, in virtù del loro peculiare oggetto, aveva originato notevoli difficoltà di interpretazione e di classificazione dei giudizi per gli operatori giuridici, con conseguente rischio di duplicazione dei medesimi e relativo allungamento dei tempi di definizione, finendo così per alimentare proprio quel fenomeno che la stessa era preordinata a ridurre e risolvere. Il proposito del legislatore, come emerge dal nome attribuito al decreto 'di semplificazione dei riti', mira ad attuare un'inversione di tendenza rispetto al passato, attraverso un'opera di razionalizzazione e semplificazione della legislazione speciale, sostituita da un unico testo normativo che – com'è stato rilevato – si porrebbe in rapporto di continuità e complementarità rispetto al codice di procedura civile e, in particolare, al libro IV, di cui dovrebbe rappresentare la sostanziale prosecuzione.

catena, una serie di conseguenze anche a livello impugnatorio: a fronte di una sentenza sfavorevole il soccombente avrebbe infatti con ogni probabilità deciso di proporre appello, a ciò ragionevolmente legittimato proprio dalla qualificazione del provvedimento come sentenza data dal giudice autore del provvedimento. Tuttavia, è altrettanto evidente che guardando alla sostanza dell'atto (che pur avendo *nomen* di sentenza aveva natura di ordinanza) la facoltà di proporre appello avrebbe dovuto essere negata, essendo questa ammissibile soltanto avverso le sentenze e, viceversa, esclusa per le diverse tipologie di provvedimenti aventi natura di ordinanza.

Da quanto appena detto risulta evidente che la prospettata questione, che potrebbe *prima facie* essere considerata uno sterile problema di nomenclatura, è in realtà per i terzi coinvolti nella decisione foriera di conseguenze giuridiche non banali. Laddove si ritenga infatti di dare prevalenza al *nomen iuris* e dunque di accogliere la qualificazione del provvedimento offerta dal giudice (a prescindere dall'effettiva natura di ordinanza o di sentenza), l'eventuale appello proposto dal soccombente potrà considerarsi ammissibile e, laddove accolto, potrà portare ad una revisione nel merito della decisione in un successivo grado di giudizio. Al contrario, qualora si scelga di assegnare priorità alla sostanza di ordinanza rispetto alla veste formale di sentenza, l'unico rimedio esperibile avverso il provvedimento a sé sfavorevole sarà il ricorso straordinario in Cassazione ai sensi dell'articolo 111 della nostra Costituzione, con conseguente inammissibilità dell'appello eventualmente proposto⁵⁷. La scelta fra le due alternative è conseguenza diretta della posizione assunta rispetto al tema, ben più ampio e generale, dei rapporti e della priorità tra 'forma' e 'sostanza', o potremmo dire tra 'apparenza' e 'realtà'. In particolare, se si decide di dare prevalenza alla prima, è chiaro che dovrà aversi riguardo esclusivamente al *nomen iuris* del provvedimento, dal quale discende inevitabilmente e senza margini di ampliamento la relativa disciplina. Al contrario, laddove si opti per una tesi che avvalori la sostanza, ossia la reale natura dell'atto in luogo della sua designazione formale, la soluzione sarà evidentemente di tenore opposto.

Sul punto, pur nell'impossibilità in questa sede di approfondire debitamente i termini del problema, tutt'altro che di facile soluzione, ci limitiamo a rilevare che la

⁵⁷ Come rileva, infatti, la giurisprudenza (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., sent. 11 gennaio 2011, n. 390) l'eventuale errore del giudice, che chiami 'sentenza' un provvedimento che in verità era un'ordinanza, determinerà di fatto un «allargamento dell'esercizio dei diritti di azione e difesa» a favore della parte soccombente, in quanto tale interessata all'impugnazione. Ciò naturalmente a scapito della controparte che, essendo esposta ad un secondo giudizio (che in relazione alla natura reale del provvedimento avrebbe dovuto essere precluso), vedrà allungarsi i tempi di definizione della vicenda che la coinvolge. Tuttavia, secondo la Cassazione, il bilanciamento di interessi fra questi due valori in gioco (da un lato la celere e rapida definizione del giudizio e dall'altro il principio di «affidabilità e di certezza dei rimedi impugnatori») deve risolversi a favore di questi ultimi, la cui lesione darebbe luogo ad un pregiudizio inaccettabile. Pregiudizio che non si correrebbe nel caso opposto, in cui il giudice chiami per errore 'ordinanza' un provvedimento che avrebbe in verità dovuto qualificare come 'sentenza', dal momento che in questo caso la facoltà di appello, erroneamente ed ingiustamente preclusa dalla veste di ordinanza, può essere recuperata attraverso l'esperimento del mezzo di impugnazione straordinario concesso dal comma 7 dell'art. 111 Cost. avverso tutti i provvedimenti aventi contenuto decisorio («Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra»).

tendenza della giurisprudenza pare collocarsi in quest'ultima prospettiva, focalizzando sull'effettivo contenuto e sulla reale essenza dei provvedimenti, a scapito della loro formalizzazione in termini di sentenza piuttosto che di ordinanza. Tuttavia, ciò non toglie che in talune ipotesi la stessa abbia ritenuto opportuno seguire il principio opposto, scegliendo di far prevalere l'apparenza rispetto alla reale essenza dell'atto⁵⁸. Alla base di tali decisioni vi è la volontà di non sanzionare attraverso una pronuncia di inammissibilità il soggetto che abbia incolpevolmente proposto l'impugnazione, ritenendosi a ciò ragionevolmente legittimato sulla base del tipo di provvedimento emesso dal giudice. Si presuppone infatti che il destinatario della sentenza, *quivis de populo*, debba poter fare affidamento sulla corretta qualificazione della stessa da parte del suo autore, *magister iuris*. In quest'ottica, non sarebbe giusto addossare al ricorrente l'onere di controverifica circa la reale natura del provvedimento emanato, essendo ciò (oltre che impensabile) inesigibile da parte di un soggetto privo delle dovute competenze giuridiche. Per tali ragioni, questa parte della giurisprudenza reputa che il legittimo affidamento riposto nella correttezza della soluzione giuridica emanata debba essere tutelato: tale tutela, in particolare, viene rinvenuta nel mantenimento della veste formale ed esteriorizzata del provvedimento e nella sua prevalenza rispetto all'essenza (effettiva ma nascosta) dell'atto. Ciò significa dunque che, se i giudici hanno qualificato come sentenza un atto avente reale natura di ordinanza, tale errore non potrà andare a scapito di colui che avverso quel provvedimento abbia proposto appello, proprio confidando nella natura di sentenza dell'atto impugnato come dichiarata dai giudici.

Il principio che qui opera è ancora una volta, pur nel diverso ambito processuale, quello dell'*apparentia iuris*: una situazione in verità non sussistente, ma apparente tale in base a circostanze univoche, potrà produrre gli stessi effetti della situazione di diritto di cui porta la veste, laddove ciò sia necessario a tutelare la posizione dei terzi che in base a tale situazione di apparenza abbiano orientato il proprio comportamento. L'errore in cui sono incorsi, purché incolpevole, sarà dunque scusato e, proprio

⁵⁸ Questa risulta essere la soluzione con cui si è, infine, conclusa la vicenda che ha originato la pronuncia della Cassazione nella sentenza citata. In quello specifico caso, infatti, la decisione della Corte di Cassazione è andata in direzione diametralmente opposta rispetto a quella della Corte d'Appello, la quale – concordemente al giudice di primo grado – aveva ritenuto che, nonostante il *nomen* di 'sentenza', il provvedimento emanato fosse in realtà «una ordinanza sostanziale», conseguentemente non appellabile, ma esclusivamente ricorribile in Cassazione. Disattendendo tale ricostruzione, la Suprema Corte avalla invece la tesi prospettata dal ricorrente (soccumbente nei due gradi precedenti di giudizio), il quale sosteneva che ad essere determinante fosse la veste e dunque la rappresentazione data dai giudici del provvedimento in termini di 'sentenza', in quanto proprio tale rappresentazione aveva indotto il destinatario della stessa ad agire in una determinata maniera. In altre parole, l'erronea rappresentazione del provvedimento come 'sentenza', anziché 'ordinanza', aveva ingenerato nelle parti (soprattutto in quella soccombente) il ragionevole ed incolpevole convincimento di trovarsi di fronte ad una sentenza, inducendo così la stessa a proporre il mezzo di impugnazione a ciò preordinato, ossia l'appello. Chiara risulta dunque l'assimilazione rispetto al meccanismo proprio dell'apparenza giuridica e, infatti, analoga è la soluzione accolta dai giudici di legittimità: non può essere sanzionato colui che abbia incolpevolmente fatto affidamento su una certa situazione di diritto (pur non sussistente, ma) apparente in base a circostanze oggettive ed univoche. Nel caso di specie dunque il provvedimento manterrà la veste di sentenza (pur in un certo senso usurpata) e l'appello avverso la medesima dovrà reputarsi ammissibile, in quanto dovrà essere la forma – e dunque l'apparenza – a prevalere sulla sostanza.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica
in virtù di tale scusabilità, analogamente a quanto avviene per le fattispecie di diritto sostanziale potrà essere accordata prevalenza alla 'apparenza/forma' rispetto alla 'realtà/sostanza'.

3.2 L'apparenza nel processo attraverso la *fictionis iuris*

Il ricorso all'apparenza nell'ambito processuale e, in tale contesto, l'attribuzione ad essa di rilievo giuridico emerge anche in ulteriori ipotesi, attraverso un istituto al quale si è da sempre fatto ricorso per estendere la tutela a situazioni non strettamente ricadenti nella fattispecie come normativamente concepita. L'istituto in questione, proprio del diritto sostanziale e processuale, moderno e antico, è quello della *fictionis iuris*⁵⁹.

Con il termine 'finzione giuridica'⁶⁰ il diritto individua quel peculiare «espedito tecnologico»⁶¹ attraverso il quale è possibile consentire l'applicazione di una determinata fattispecie giuridica in ipotesi che astrattamente non ricadrebbero in tale ambito operativo; risultato, quest'ultimo, che può realizzarsi o per la mancanza di requisiti (giuridici o fattuali) legislativamente richiesti, o per la presenza di ulteriori elementi che rendono la fattispecie concreta incompatibile con quella astratta sotto cui si intenderebbe sussumerla.

⁵⁹ Sulla *fictionis iuris* si vedano i seguenti riferimenti: V. Colacino, *s.v. Fictionis iuris*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 7, Utet, Torino 1968, pp. 269-271; G. Accardi-Pasqualino, *s.v. Fictionis iuris*, in *N. dig. it.*, vol. 16, Utet, Torino, 1938, pp. 1104-1105; S. Pugliatti, *s.v. Finzione*, in *Enc. dir.*, vol. 17, Giuffrè, Milano 1968, pp. 658-673; G. Macchiarelli, *s.v. Fictionis iuris (concetto razionale e positivo della)*, in *Enc. giur. it.*, vol. 6/2, Società editrice libraria, Milano 1903, pp. 538-573, soprattutto cap. 2, par. 2-3, pp. 541-545 (relative alla *fictionis iuris* nel diritto romano, rispettivamente nelle *legis actiones* e nel diritto pretorio), cap. 3, par. 7, pp. 548-549 (finzione ed atto apparente), cap. 5, par. 1, pp. 559-561 (presunzione e finzione). Per un approfondimento sul tema della *fictionis iuris*, inoltre, merita segnalare il volume curato da Francesca Brunetta d'Usseaux, contenente una serie di saggi dedicati alla finzione giuridica e alle relative implicazioni nei diversi ambiti del diritto: F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Giuffrè, Milano 2002. Per quanto concerne nello specifico il significato dell'espressione *fictionis iuris*, occorre fare riferimento al contributo di A. D'Angelo, *Note sulla voce 'fictionis iuris' negli antichi dizionari giuridici*, ivi contenuto (pp. 107-116).

⁶⁰ A. Gambaro, *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 8, Utet, Torino 1992, pp. 342-353; G. Tuzet, *Finzioni giuridiche e letterarie: è possibile una teoria unificata?*, in *Dossier diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, in M. P. Mittica (a cura di), *Atti del Primo Convegno Nazionale della Italian Society for Law and Literature (Bologna, 27-28 maggio 2009)*, in *ISLL-Papers*, 3 (2010), pp. 50-75; e, inoltre, le belle pagine di H. Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaithingers Philosophie des Als-Ob*, 1919, tr. it. *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, in Id., *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, traduzione e introduzione a cura di A. Carrino, ESI, Napoli 1988, pp. 235-265. Sul tema della *fictionis iuris*, inoltre, meritano specifica menzione gli scritti di: C. A. Cannata, *Finzioni*; A. Falzea, *Riflessioni sulla fictionis iuris*; L. Lombardi Vallauri, *Il fictum nel diritto*; tutti contenuti nel volume di F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), *Le finzioni del diritto*, cit., rispettivamente pp. 43-48; pp. 117-134; pp. 149-157.

⁶¹ La qualificazione della finzione come 'espedito tecnologico' è di Carlo Augusto Cannata, il quale la utilizza in apertura del suo saggio per mettere in luce la natura dell'istituto, che non riveste alcuna funzione gnoseologica, ma si caratterizza come strumento meramente tecnico. Più precisamente, l'Autore così si esprime: «La finzione non è uno strumento dommatico: essa non reca in sé alcun apporto conoscitivo; suppone la padronanza tecnica della realtà giuridica, ma non contribuisce alla sua conoscenza. Si tratta di un puro espedito tecnologico» (C. A. Cannata, *Finzioni*, cit., p. 43).

Pur in presenza di tali difformità rispetto al modello legale, può risultare opportuno sul piano pratico operare un'estensione della tutela e un ampliamento della disciplina astrattamente non applicabile a quella specifica ipotesi. Proprio per venire incontro a tali esigenze, l'ordinamento – fin dalle sue origini – ha escogitato un peculiare meccanismo, con cui si opera una sorta di alterazione della realtà, fingendo che la stessa sia diversa da come in verità è. Ciò può avvenire, peraltro, in una duplice direzione: o ipotizzando che sia vero o avvenuto un fatto che non si è mai verificato o è avvenuto diversamente da quanto si assume; o, nell'ipotesi diametralmente opposta, facendo finta che non sia mai avvenuta una circostanza la cui esistenza è nota e provata. Nel primo caso si parlerà di finzione 'positiva', in quanto avente ad oggetto l'affermazione di un fatto che viene positivizzato e introdotto nella realtà giuridica, nonostante la sua assenza dalla realtà fattuale; nel secondo caso, invece, si porrà in essere una finzione 'negativa', che – con meccanismo speculare rispetto a quello appena descritto per la finzione positiva – si traduce nella negazione dei fatti come verificatisi, attraverso l'elisione dalla dimensione giuridica di un dato esistente in quella fattuale.

Attraverso questa consapevole alterazione si opera un riallineamento tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, che tuttavia è possibile soltanto grazie ad un disconoscimento della difformità tra realtà giuridica e realtà storica, ossia – per riprendere la consueta dialettica – tra *ius* e *factum*. Con la finzione si viene infatti a creare una nuova realtà giuridica, nella quale può verificarsi ciò che non potrebbe in base alla realtà naturale: il fatto non conforme a *ius* produrrà le stesse conseguenze di quello che perfettamente corrisponde alla fattispecie, che mediante la *fictio* vedrà così ampliato il suo ambito applicativo⁶². Verità e finzione in questo modo avranno la medesima efficacia e, anzi, la seconda troverà espressione fintantoché la prima

⁶² Talvolta la finzione viene configurata alla stregua di un procedimento analogico. Tuttavia, tra finzione ed analogia non sussiste una perfetta sovrapposibilità, stante la diversa natura e finalità che separa i due istituti. Il meccanismo proprio dell'analogia (in quanto procedimento logico-interpretativo con cui è possibile colmare una lacuna dell'ordinamento giuridico attraverso l'applicazione della disciplina prevista per un caso simile) non prevede alcuna finzione, ma semplicemente la presa di coscienza della mancanza di un'espressa disciplina e la sua integrazione attraverso l'estensione di quella dettata per materie analoghe. Il presupposto dell'analogia dunque è la similitudine tra due situazioni, che giustifica l'applicazione all'una della disciplina prevista per l'altra. Diverso, invece, è il fondamento della finzione, che opera estendendo il regime giuridico ad una fattispecie che è carente sotto un qualche profilo, di cui si finge l'esistenza pur nella consapevolezza della sua carenza. Per lo stesso motivo la *fictio* deve essere tenuta distinta anche dall'interpretazione estensiva: mentre la finzione prende le mosse da una circostanza che si sa essere falsa, l'interpretazione estensiva parte da un fatto reale e ne estende l'ambito applicativo ad una situazione ulteriore che presenta la medesima *ratio*. È chiaro, dunque, che i rimedi consistenti nell'analogia e nell'interpretazione estensiva impattano in modo meno aggressivo sulle regole dell'ordinamento, semplicemente allargandone le maglie in modo più o meno ampio, mentre la finzione fa saltare del tutto la 'gabbia' della fattispecie. Per questo motivo fra i diversi rimedi dovrà accordarsi preferenza ai primi due e, soltanto laddove questi non siano in grado di venire in soccorso rispetto al vuoto di disciplina creatosi, potrà farsi ricorso allo strumento maggiormente 'eversivo' rappresentato dalla *fictio*. Sui rapporti fra analogia ed apparenza si veda R. Gambino, *Il principio dell'apparenza: analogia iuris o creazione giurisprudenziale?*, in *Foro pad.*, 49/1 (1994), pp. 329-333. Per quanto concerne, poi, l'analogia intesa come strumento retorico, a sua volta compreso nella figura della *similitudo*, merita citare il recente studio di A. Arnese, *La similitudo nelle Institutiones di Gaius*, Cacucci, Bari 2017.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica non risulti perfettamente integrata⁶³. La difformità tra fatto e diritto viene così falsamente ma coscientemente aggirata in forza di un fine pratico, che l'ordinamento riconosce meritevole di tutela al pari di quello proprio della situazione conforme alla fattispecie legale.

Questo peculiare meccanismo giuridico viene utilizzato sia nell'ambito del diritto sostanziale sia in quello, ad esso parallelo e strumentale, del diritto processuale⁶⁴. Accade infatti che, in presenza di situazioni connotate da peculiari criticità, l'ordinamento risolva lo stato di *impasse* giuridico introducendo una finzione che legittima l'estensione del regime proprio di un certo istituto anche ad ipotesi in cui lo stesso non risulterebbe astrattamente applicabile.

Ad esempio, a volte il legislatore introduce una finzione al fine sanzionare la mala fede con cui un soggetto abbia agito e, specularmente, di tutelare la buona fede e l'affidamento che la controparte abbia riposto nell'altrui correttezza. Ciò è quanto avviene in materia di condizione, che viene considerata come avverata laddove il soggetto portatore di un interesse ad essa contrario abbia in mala fede impedito o anche solo ostacolato il verificarsi del fatto condizionante. In questo caso l'ordinamento ha introdotto appositamente – positivizzandola all'articolo 1359 c.c.⁶⁵

⁶³ Questo è il significato dei noti brocardi « *fictio [iuris] idem operatur, quod veritas*» (la finzione del diritto opera ugualmente che a verità) « *fictio [iuris] cessat, ubi veritas locum habere potest*» (la finzione del diritto finisce quando la verità può avere luogo), non a caso citati da L. De Mauri, *Regulae juris: raccolta di 2000 regole del diritto eseguita sui migliori testi, con l'indicazione delle fonti, schiarimenti, capitoli riassuntivi e la versione italiana riprodotta dai più celebri commentatori*, Hoepli, Milano 2010 (rist. dell'ed. Hoepli, Milano 1936¹¹), pp. 92 ss., a cui appartengono le traduzioni tra parentesi.

⁶⁴ Sull'utilizzo della finzione nell'ambito del processo si vedano in particolare: F. Cipriani, *Le finzioni nel processo civile* e M. Taruffo, *Osservazioni su finzioni giuridiche e processo civile*, entrambi contenuti in F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), *Le finzioni del diritto*, cit., rispettivamente pp. 89-106 e pp. 221-233. Nel contesto del medesimo volume merita, inoltre, menzionare il contributo (sempre attinente all'utilizzo giudiziale della *fictio*) di: P. Chiassoni, *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, pp. 59-87.

⁶⁵ La disciplina relativa all'«avveramento della condizione» è prevista dall'art. 1359 c.c.: «La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa». È appena il caso di ricordare che, stante il tenore della norma, riferita espressamente al solo caso in cui una delle parti abbia in mala fede ostacolato l'avverarsi della condizione, la dottrina si è interrogata se la stessa sia tuttavia estendibile anche all'ipotesi opposta, ossia al caso in cui l'agire scorretto della parte abbia (non impedito, bensì) determinato il prodursi della condizione. Sul punto i più ritengono che, avvalorando la *ratio* sottesa alla norma, volta a tutelare l'interesse del contraente in buona fede, può ritenersi che il meccanismo previsto dall'art. 1359 c.c. sia in quest'ultima ipotesi parimenti operante. Per completezza occorre inoltre rilevare che un'ulteriore estensione dell'ambito applicativo della norma in questione è stata operata dalla giurisprudenza, la quale ha precisato che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede deve essere rispettato in ogni caso, compresa l'ipotesi in cui al contratto le parti abbiano apposto una condizione mista (sul punto cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 19 settembre 2005, n. 18450), limitatamente alla parte non rimessa alla volontà del contraente. La finzione di avveramento non si applica infatti in caso di condizione potestativa, in quanto la libertà di scelta che connota questo tipo di condizione mal si concilierebbe con l'obbligo di comportamento imposto dall'art. 1359 c.c. Non mancano, tuttavia, indirizzi di segno opposto, sostenuti da chi ritiene che neppure quando l'avveramento o il non avveramento della condizione sia rimesso alla volontà della parte questa possa sottrarsi al rispetto del dovere di correttezza di cui all'art. 1358 c.c., da considerarsi alla stregua di un canone generale universalmente applicabile e dunque tale da far scattare, in caso di sua violazione, la sanzione rappresentata dalla finzione di avveramento.

– una *fictio*, la cosiddetta ‘finzione di avveramento della condizione’⁶⁶, con la quale il reale andamento dei fatti viene sostituito da una realtà fittizia, che consente la produzione del relativo effetto giuridico e la concessione della connessa tutela.

Un meccanismo simile può poi verificarsi anche in un’ulteriore ed eventuale fase del rapporto giuridico, allorchando sia necessario risolvere una controversia in ambito processuale. In questo caso il fenomeno di cosciente distorsione della realtà è operato dal giudice, il quale può fare ricorso alla finzione⁶⁷ per assicurare una risposta giuridica al caso prospettato, garantendo così le esigenze di certezza ed effettività, che potrebbero altrimenti in taluni casi risultare compromesse.

Un chiaro esempio di applicazione del meccanismo della finzione a livello processuale è individuabile nella cosiddetta ‘confessione fittizia’ (*ficta confessio*)⁶⁸, che produce un effetto sfavorevole a carico di chi rifiuta di rispondere o abbia ommesso, senza addurre un giustificato motivo, di presentarsi a rendere il giuramento decisorio o l’interrogatorio formale. In particolare, quanto alla prima ipotesi l’articolo 239

⁶⁶ Per un’analisi della finzione di avveramento della condizione nell’ambito del diritto romano si veda lo studio di U. Robbe, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. 4, Giuffrè, Milano 1978, pp. 631-632.

⁶⁷ Con riferimento all’ambito processuale preme sottolineare la distinzione tra le finzioni e il diverso campo, solo apparentemente affine, delle presunzioni. Queste ultime si inquadrano all’interno dei mezzi di prova previsti dal nostro ordinamento civilistico e la loro disciplina è contenuta nel titolo II (*Delle prove*) libro sesto del codice civile. In particolare, ad esse è dedicato il capo IV (rubricato appunto ‘*Delle presunzioni*’), il cui primo articolo pone proprio la nozione dell’istituto: art. 2727 c.c. (*Nozione*): «Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato». Agli articoli seguenti il codice delinea poi l’ulteriore distinzione tra presunzioni legali (art. 2728 c.c.) e presunzioni semplici (art. 2729 c.c.). Come reso evidente dal nome, le presunzioni legali sono così denominate poiché trovano la loro fonte nella legge e, a loro volta, possono essere assolute o relative a seconda che contro le stesse sia ammessa (presunzioni ‘relative’ o *iuris tantum*) o meno (presunzioni ‘assolute’ o *iuris et de iure*) prova contraria. Accanto alle presunzioni legali è possibile poi individuare un’ulteriore categoria di presunzioni, cosiddette ‘semplici’, le quali non sono contemplate dalla legge, bensì sono rimesse al prudente apprezzamento del giudice; queste ultime, però, assurgono a mezzi di prova utilizzabili nell’ambito del processo soltanto – come richiesto dall’art. 2729 c.c. – laddove siano gravi, precise e tra loro concordanti. Ci limitiamo qui a considerare che secondo parte della dottrina l’affiancamento, operato dal codice, dei due diversi istituti sotto l’unitaria categoria della *praesumptio* non sarebbe del tutto proprio, dato che soltanto le presunzioni semplici rappresentano mezzi di prova in senso stretto, dal momento che incidono sulla prova dei fatti in giudizio, a differenza di quelle legali, che semplicemente dettano una regola per la ripartizione dell’onere probatorio tra le parti (attore e convenuto).

⁶⁸ Per un approfondimento circa la natura e l’inquadramento dogmatico della *ficta confessio*, si vedano le voci di: E. Silvestri, s.v. *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 3, Utet, Torino 1988, pp. 422-431; V. Andrioli, s.v. *Confessione. Diritto processuale civile*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 4, Utet, Torino 1968, pp. 10-25 (particolarmente p. 14: ammissione e *ficta confessio*); identico nei contenuti al precedente: V. Andrioli, s.v. *Confessione (civile)*, in *N. dig. it.*, vol. 3, Utet, Torino 1938, pp. 762-776 (cfr. in particolare p. 765); C. Lessona, s.v. *Confessione (materia civile)*, in *Dig. it.*, vol. 8/1, Utet, Torino 1896, pp. 787-841 (si veda in particolare il capo IV, della confessione tacita o presunta, pp. 817-826, a sua volta diviso in tre paragrafi, nei quali l’Autore ricostruisce il concetto e il fondamento della confessione tacita, i suoi requisiti e, infine, i relativi effetti). Si vedano anche: W. D’Avanzo, s.v. *Confessione*, in *Enc. giur.*, vol. 3/2 (sez. 4), Società editrice libraria, Milano 1936, pp. 667-720 (in particolare par. 58, pp. 708 ss.); C. Furno, s.v. *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. 8, Giuffrè, Milano 1961, pp. 870-916 (in particolare p. 871); L. P. Comoglio, s.v. *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 8, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 2007, pp. 1-9 (in particolare par. 3.5: mancata risposta e *ficta confessio*, pp. 7-8).

c.p.c.⁶⁹ stabilisce che la mancata comparizione o la mancata risposta della parte cui il giuramento decisorio è deferito – e parimenti di quella avversaria cui sia eventualmente riferito – determina *ipso iure* la soccombenza in ordine alla domanda o al punto di fatto relativamente al quale il giuramento è ammesso. Il secondo caso è, invece, disciplinato dall'articolo 232 c.p.c.⁷⁰, che nell'ambito dell'interrogatorio formale contempla l'ipotesi in cui la parte da interrogare non compaia dinanzi al giudice o, se comparsa, rifiuti di rispondere senza giustificato motivo. Anche qui la legge realizza un'equiparazione giuridica tra la mancata risposta o comparizione, da un lato, e l'ammissione, dall'altro, autorizzando il giudice a ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio, pur nel quadro di una valutazione complessiva che tenga conto di ogni altro elemento di prova. Proprio quest'ultimo aspetto viene peraltro valorizzato dalla dottrina, che sottolinea come in verità in tale ipotesi la mancata presentazione della parte o il rifiuto di rispondere non comportino un'automatica *factio* confessoria, attribuendo semplicemente al giudice un potere di valutazione discrezionale: quest'ultimo è infatti tenuto a considerare ogni altro elemento di prova per trarne il suo convincimento circa la verità o meno dei fatti oggetto dell'interrogatorio⁷¹.

Gli esempi appena accennati confermano che la finzione è un meccanismo che il diritto predispone al fine di risolvere situazioni giuridiche contraddistinte da problemi di certezza ed effettività. L'utilizzo di un simile strumento, certamente presente nella maggior parte dei sistemi giuridici moderni, non era estraneo neppure all'esperienza antica. Anche il diritto romano ne conobbe l'applicazione, particolarmente diffusa nell'ambito del *ius honorarium*⁷². La finzione era infatti un tipico

⁶⁹ Art. 239 c. 1 c.p.c. – *Mancata prestazione*: «La parte alla quale il giuramento decisorio è deferito, se non si presenta senza giustificato motivo all'udienza all'uopo fissata, o, comparendo, rifiuta di prestarlo o non lo riferisce all'avversario, soccombe rispetto alla domanda o al punto di fatto relativamente al quale il giuramento è stato ammesso; e del pari soccombe la parte avversaria, se rifiuta di prestare il giuramento che le è riferito».

⁷⁰ Art. 232 c. 1 c.p.c. – *Mancata risposta*: «Se la parte non si presenta o rifiuta di rispondere senza giustificato motivo, il collegio, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio».

⁷¹ Fra le varie voci che negano che l'ipotesi descritta all'art. 232 c.p.c. realizzi automaticamente la *factio confessio*, si riporta quella di E. Silvestri, s.v. *Confessione*, cit., p. 430: «Secondo l'art. 232 c.p.c., la mancata presentazione od il rifiuto di rispondere all'interrogatorio formale comportano che il giudice, valutato ogni altro elemento di prova, possa ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio. A differenza di quanto disponeva il codice abrogato, il vigente art. 232 non collega automaticamente un effetto di *factio confessio* alla mancata risposta, poiché tale comportamento non costituisce da solo fonte di convincimento del giudice, ma, dovendo essere valutato congiuntamente ad altri elementi di prova, rientra in quella che, secondo l'opinione prevalente, è la nozione di argomento di prova».

⁷² Per un'analisi della *factio iuris* nell'ambito del diritto romano, delle sue principali manifestazioni e della relativa bibliografia, si rinvia allo studio di E. Bianchi, *Fictio iuris: ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Cedam, Padova 1997. Si ricordano inoltre: S. Pugliatti, *Finzione*, in *Enc. dir.*, vol. 17, Giuffrè, Milano 1968, pp. 663-664; P. Birks, *Fictions Ancient and Modern*, in MacCormick, Neil, Birks, Peter (eds.), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Clarendon Press, Oxford 1986, pp. 83-101; M.G. Garrido, *Sorbe los verdaderos limites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE*, 27-28 (1957-1958), pp. 305-342; F. Todescan, *Diritto e realtà: storia e teoria della factio iuris*, Cedam, Padova 1979. Si vedano anche: A. Castro Sáenz, *Sulla factio iuris*, in *Labeo*, 45/3 (1999), pp. 486-491; M. Bretone, *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia del-*

meccanismo di diritto pretorio, che si inseriva fra gli strumenti con cui era possibile garantire tutela a situazioni che, pur essendo estranee al *ius civile*, apparivano meritevoli di considerazione da parte del diritto. Attraverso le *fictiones*, espressione dell'*imperium* magistratuale, il pretore inseriva nell'*intentio* della *formula* una clausola *ad hoc* congegnata⁷³, con cui fingeva si fosse verificata (o non verificata) una situazione in verità non esistente (o esistente). In sostanza con la finzione veniva travolto il fatto storico, operando una consapevole distorsione della realtà per consentire la produzione degli effetti giuridici altrimenti preclusi in base al *ius civile*⁷⁴.

Le ipotesi che le fonti ci attestano sono svariate e attinenti ai diversi campi del diritto. Uno degli esempi più noti è rappresentato dalle *actiones ficticiae*⁷⁵, con le quali si considerava fittiziamente esistente un requisito richiesto dal *ius civile* in verità mancante: nell'*intentio* della *formula* era inserita una clausola che ordinava al giudice di comportarsi come se fosse avvenuto un fatto mai verificatosi (finzione positiva) o di considerare non accaduto uno esistente (finzione negativa).

Un'applicazione di tale meccanismo è rappresentata dal caso dell'*actio Publiciana*, un'*actio ficticia* modellata sulla *rei vindicatio*, con la quale era possibile per il *possessor ad usucapionem* agire in giudizio per recuperare la cosa persa⁷⁶. Tale

la cultura giuridica, 2 (2011), pp. 11-12. Con specifico riferimento, poi, all'operatività dell'istituto della finzione nell'ambito del diritto delle persone, citiamo ancora E. Bianchi, *Astrazioni e finzioni in tema di personae. Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index*, 34 (2006), pp. 111-130.

⁷³ Alcuni esempi di *formulae* con inserimento al loro interno di una *fictio* sono offerti da Gaio nelle sue *Institutiones*: cfr. in particolare Gai 4.34-38.

⁷⁴ E. Bianchi, *Fictio iuris: ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Cedam, Padova 1997, p. 261; L. Maganzani, *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. 5, Giuffrè, Milano 2007, pp. 1-43, in particolare pp. 34 ss.

⁷⁵ Com'è noto, le *actiones ficticiae* rientravano a loro volta nella categoria delle cosiddette 'azioni utili' (*actiones utiles*), ossia quei particolari strumenti processuali utilizzati per disciplinare casi non contemplati dal *ius civile*, grazie ai quali fu possibile tutelare situazioni nuove, per le quali non era prevista una specifica disciplina giuridica. Tale finalità veniva realizzata, oltre che con le azioni fittizie, anche mediante ulteriori categorie di azioni: da un lato, quelle con trasposizione di soggetti (il cui principale esempio è costituito da quell'insieme di azioni – quali l'*actio exercitoria*, *institoria*, *quod iussu*, *de peculio* e *tributoria* – che la dottrina medievale ha poi unitariamente ribattezzato come '*actiones adiecticiae qualitatis*'); dall'altro, le *actiones ad exemplum*, ossia azioni nuove create 'ad imitazione' (cioè modellate sull'esempio) di altre già esistenti ma pensate per casi analoghi. Sulle *actiones ficticiae* si vedano, tra gli altri, i seguenti riferimenti: P. Angelini, *Osservazioni in tema di creazione dell'actio ad exemplum institoriae*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 230-249; A. Burdese, '*Actio ad exemplum institoriae*' e categorie sociali, in *BIDR*, 74 (1971), pp. 61-82; M. Lemosse, *Actiones utiles*, in *Index*, 10 (1981), pp. 348-352; F. Mercogliano, *Actiones ficticiae. Tipologie e datazione*, Jovene, Napoli 2001, con recensione di M. Miceli, *Rec. F. Mercogliano, Actiones ficticiae. Tipologie e datazione*, in *Iura*, 52 (2001), pp. 300-307; A. Metro, *Actiones ficticiae*, in *Index*, 29 (2001), pp. 371-375; M. Miceli, *Sulla struttura formulare delle actiones adiecticiae qualitatis*, Giappichelli, Torino 2001; R. Sotty, *Les actions qualifiées d'utiles' en droit classique*, in *Labeo*, 25/2 (1979), pp. 139-162; L. Di Lella, *Formulae ficticiae: contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Jovene, Napoli 1984, con recensioni di G. Provera, *Rec. L. Di Lella, Formulae ficticiae: contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, in *SDHI*, 51 (1985), pp. 582-586 e di R. Sotty, *L'età delle 'formulae ficticiae'* (*Rec. L. Di Lella, Formulae ficticiae: contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*), in *Labeo*, 31/3 (1985), pp. 342-347.

⁷⁶ Il campo elettivo di applicazione dell'*actio Publiciana* è quello della trasmissione di *res mancipi* mediante *traditio* (ossia senza il compimento della *mancipatio*, quale atto richiesto per l'acquisto del *dominium ex iure Quiritium*), nell'ipotesi in cui la consegna non fosse avvenuta o il soggetto avesse altrimenti perso il possesso della *res*. Nel caso in cui, invece, il bene fosse nella disponibilità dell'acquirente e

strumento operava laddove ricorressero tutti gli estremi per l'usucapione, ad eccezione di quello temporale, per il quale interveniva la finzione (in questo caso positiva). Nella formula⁷⁷ si ordinava infatti al giudice di accertare se l'attore avesse acquistato *ex iusta causa* e in buona fede e, in caso affermativo, di considerare decorso il periodo di tempo necessario per l'usucapione.

Oltre al caso appena citato, il più delle volte la *fictio* serviva per ampliare l'ambito applicativo di un'azione tipica ad ipotesi che altrimenti non sarebbero state in essa rientranti. Ad esempio, la finzione era utilizzata per estendere le azioni ereditarie a favore e contro il *bonorum possessor*, attraverso la *fictio* «*si heres esset*»⁷⁸, nonché nel caso dell'*actio Serviana* per il *bonorum emptor*.

Peraltro, l'istituto della *bonorum possessio* (in particolare *sine tabulis*) basava la propria operatività proprio su un meccanismo di *fictio* – la cosiddetta *fictio suitatis*⁷⁹ – grazie alla quale era possibile chiamare alla successione del *pater* accanto ai *sui* (ossia i figli in potestà, già ricompresi nella prima classe dei successibili *ab intestato* in base al *ius civile antiquum*⁸⁰) anche quei figli (*liberi*) che in verità non rientrasse-

questo fosse convenuto in giudizio dal venditore (che in base al sistema di *ius civile* era ancora *dominus ex iure Quiritium*) la tutela avveniva (e non avrebbe potuto essere altrimenti) in forma di eccezione. Lo strumento era la *exceptio rei venditae et traditae*, concessa in presenza della doppia condizione fattuale della vendita (*venditio*) e della consegna (*traditio*).

⁷⁷ Questo era il tenore della formula dell'*actio Publiciana*: «*C. Aquilius iudex esto. Si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est anno possidisset, tu si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius esse pareret, si era res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absoluito*». Si riporta, per confronto, anche la formula della *rei vindicatio*: «*C. Aquilius iudex esto. Si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse neque is fundus arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti era res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absoluito*». Cfr. D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Cedam, Padova 1999, pp. 46 e 37 (e per la relativa traduzione pp. 197 e 193).

⁷⁸ Per un esempio di formula con finzione di erede (*«si heres esse»*) si veda, in particolare, il seguente passo di Gaio: Gai 4.34: «*Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio iure is, non legitimo, succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse neque id, quod ei debebatur, potest intendere dari sibi oportere; itaque ficto se herede intendit, velut hoc modo: iudex esto. Si Aulus Agerius, id est si ipse actor, Lucio Titio heres esset, tum si fundum, de quo agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret; et si [...] praeposita simili fictione heredita subicitur: tum si Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oporteret*».

⁷⁹ Sulla *fictio suitatis* si vedano i seguenti riferimenti contenuti nei principali manuali istituzionali: A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Utet, Torino 1993⁴, p. 642; A. Lovato, S. Puliatti e L. Solidoro, *Diritto privato romano*, Giappichelli, Torino 2017², p. 661; e, inoltre, S. Puliatti, *De cuius hereditate agitur: il regime romano delle successioni*, Giappichelli, Torino 2016, p. 70; V. Marotta, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.)*, Studi di diritto pubblico romano, Giappichelli, Torino 2016, p. 97 nota 117, il quale, analizzando gli strumenti di tutela previsti a favore dei figli rimasti peregrini a seguito dell'acquisto di cittadinanza da parte del proprio *pater* (divenuto dunque *civis Romanus*), si interroga se la *fictio suitatis* potesse operare contestualmente alla *fictio civitatis*, optando infine per la tesi negativa e opinando che essi più verosimilmente potessero accedere alla *bonorum possessio* nell'ambito della categoria dei cognati (*bonorum possessio unde cognati*).

⁸⁰ Il sistema della successione *ab intestato* proprio dell'*ius civile vetus* è delineato in maniera chiara nelle disposizioni delle XII tavole, le quali individuano tre successivi livelli di chiamata ereditaria, corrispondenti alla classe dei *sui*, degli agnati (*rectius*: l'agnato prossimo) e, infine, dei membri della *gens*, collettivamente considerati. Cfr. in particolare Tab. 5.4-5: «*4. Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. 5. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habent*».

ro nella *potestas* dell'ereditando, o perché non vi erano mai stati sottoposti, o perché, pur ricadendovi inizialmente, ne erano poi usciti mediante *emancipatio* o *adoptio*. In questo caso, per consentire la produzione di tale effetto giuridico il pretore fingeva che tali soggetti fossero sottoposti alla potestà del *pater* al momento della sua morte⁸¹.

Un ulteriore importante esempio di finzione pretoria è costituito dalla *fictio civitatis*⁸², un particolare espediente la cui origine si lega alle dinamiche di espansione dell'economia mercantile romana e al progressivo moltiplicarsi delle controversie tra commercianti romani e stranieri. Il contesto socio-economico e, in particolare, la «crescente domanda di giustizia da parte e nei confronti degli stranieri»⁸³ rese indispensabile l'adozione in via pretoria di un mezzo processuale che consentisse ai *peregrini* di fruire degli strumenti propri del diritto romano al pari dei *cives*. Anche in questo caso l'effetto era realizzato mediante l'inserimento nella *formula* di una clausola con cui il pretore (magistrato, dunque organo pubblico) invitava il giudice (cittadino privato) che si fosse trovato di fronte a due litiganti, di cui uno *civis Romanus* e l'altro *peregrinus*, a pronunciare la propria decisione nei confronti dello straniero come se – ossia 'fingendo' che – fosse un cittadino romano, in quanto tale pienamente legittimato alla fruizione della tutela giurisdizionale romana al pari della con-

Un'analisi di tale disposizione è contenuta nelle *Institutiones* di Gaio: cfr. Gai 3.1-17. La successione intestata (e la *bonorum possessio*) del liberto e l'aspettativa ereditaria del *patronus* sono, invece, descritte in Gai 3.40-41; nonché in *Tit. ex corp. Ulp.* 29.1 e 28.7. Per i testi e le traduzioni dei passi citati cfr. B. Santalucia, *Diritto ereditario romano: le fonti*, Patron, Bologna 1999² (ed. orig. 1987), pp. 142 ss. e S. Puliatti, *De cuius hereditate agitur*, cit., pp. 174 ss.

⁸¹ Gai 3.26: «*Nam eos omnes, qui legitimo iure deficiuntur, vocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant*».

⁸² Il passo in cui parte della dottrina ritiene di poter rinvenire un esplicito riferimento alla *fictio civitatis* è Cic., *Verr.* 2.2.12.31: «*Iudicia eius modi: qui cives Romani erant iudicabant si Siculi essent, cum Siculos eorum legibus dari oporteret, qui Siculi, si cives Romani essent*». Per l'esegesi e il commento del testo, nonché per approfondimenti in merito alla *fictio civitatis* è opportuno fare rinvio ai numerosi studi in materia, tra cui G. Broggin, *Fictio civitatis strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre?*, in A. Guarino e L. Labruna (a cura di), *Syntelesia: Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. 2, Jovene, Napoli 1964, pp. 934-943 (= G. Broggin, *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1966, pp. 331-342); M. Genovese, *Qui cives romani erant, si siculi essent ... qui siculi, si cives romani essent* (Cic. *Verr.* 2.2.12.21): *nuovi spunti interpretativi e riflessi sulla valutazione dell'esercizio della iurisdictio nel corso della Praetura siciliensis di Verre*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. 2, Giuffrè, Milano 2009, pp. 215-266; R. Martini, *Sull'espediente processuale della fictio civitatis*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. 5, Giuffrè, Milano 2007, pp. 225-237; L. Maganzani, *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. 5, Giuffrè, Milano 2007, pp. 1-43 (cfr. in particolare pp. 34 ss.); V. Arangio-Ruiz, *Sul problema della doppia cittadinanza nella Repubblica e nell'Impero romano*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. 4, Cedam, Padova 1950, pp. 55-77; F. De Visscher, *Conferenze romanistiche*, vol. 4, *L'espansione della civitas romana e la diffusione del diritto romano*, Istituto di storia del diritto, Trieste 1957, p. 191; F. Todescan, *Diritto e realtà: storia e teoria della fictio iuris*, Cedam, Padova 1979; nonché F. Serrao, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Giuffrè, Milano 1954, pp. 43 ss. e L. Di Lella, *Formulae ficticiae*, cit., pp. 131 ss., a loro volta recentemente ripresi e citati da A. Arnese, *Gaio e il geo-diritto: l'aliud ius dei peregrini*, in *Ann. Taranto*, 5 (2012), pp. 737-747, in particolare p. 745 nota 46, per rilevare la connessione tra la *fictio civitatis* e l'*aequitas*, dal momento che secondo tali Autori questo strumento sarebbe stato introdotto per soddisfare esigenze equitative e rispondere al bisogno delle parti in causa di fruire degli strumenti di tutela giurisdizionale predisposti dal *ius civile*.

⁸³ In questi termini A. Lovato, S. Puliatti e L. Solidoro, *Diritto privato romano*, cit., p. 57.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

troparte⁸⁴. La *ratio* e l'operatività di questa peculiare *fictio* permette di comprendere anche perché, ad avviso dei più, detto espediente sarebbe sorto in un'epoca precedente rispetto alla creazione della giurisdizione del pretore peregrino, essendo destinato a decadere a seguito della sua istituzione.

Un ulteriore esempio è poi rinvenibile nel campo del diritto ereditario, in particolare nella successione degli eredi necessari. Il riferimento è in questo caso costituito dalla finzione insita nello strumento, anch'esso di matrice pretoria, rappresentato dal *beneficium abstinendi* concesso a favore dei *sui heredes*. Attraverso tale peculiare congegno il pretore fingeva che il *suus* (che secondo il *ius civile* era *heres necessarius*) fosse un erede volontario che non avesse accettato l'eredità. L'obiettivo era evidentemente quello di evitare al *suus* il pregiudizio derivante dalla confusione del proprio patrimonio con quello dell'ereditando in ipotesi di *hereditas damnosa* (ossia un'eredità in cui i debiti e le passività fossero superiori ai crediti). Il *suus* infatti, in quanto erede necessario, non potendo rifiutare l'eredità sarebbe rimasto esposto al pericolo di incapacienza e alla conseguente procedura esecutiva; rischio, quest'ultimo, che il pretore intendeva evitare proprio attraverso il citato *beneficium*. Ma tale risultato fu raggiunto non impedendo direttamente gli effetti civilistici conseguenti all'acquisto della qualifica di *heres* da parte del *suus*, bensì in maniera indiretta per mezzo della *denegatio actionis*⁸⁵.

Sempre nel campo del diritto ereditario viene in rilievo un'ulteriore notissima finzione – questa volta di origine non pretoria, bensì legislativa – rappresentata dalla *fictio legis Corneliae*⁸⁶. Tale *fictio* fu probabilmente introdotta da una *lex Cornelia* di epoca sillana, datata intorno all'80-81 a.C., con cui si stabilì che il *civis* romano, catturato dai nemici (*captivus*) e morto durante la prigionia, fosse considerato defunto al momento stesso della cattura, al fine di impedire che la *capitis deminutio maxima* conseguente alla *captivitas* travolgesse il testamento già redatto, così consentendo che le disposizioni in esso contenute, altrimenti inevitabilmente nulle, mante-

⁸⁴ Un esempio di *fictio civitatis* è riportato da Gaio, che la inserisce nell'ambito dell'*actio furti* (Gai 4.37), su cui si rinvia alle recenti osservazioni di M. Frunzio, *Res furtivae: contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Giappichelli, Torino 2017, p. 34, in particolare nota 36, ad avviso della quale il brano «dall'evidente sapore didascalico» attesterebbe che l'inserimento della *fictio* all'interno dell'*actio furti* rappresentava «un'ipotesi di scuola» e dunque in certo modo «paradigmatica».

⁸⁵ Sul punto, si vedano le osservazioni di G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Vallecchi, Firenze 1930, pp. 48 ss. (in particolare p. 50), ora contenuto anche nel secondo tomo degli scritti di diritto romano, di recente raccolti e complessivamente editi in base al progetto della Commissione ministeriale per l'Edizione nazionale delle opere di Giorgio La Pira: P. Giunti (a cura di), 2: *La fondazione romanistica: scritti di storia e di diritto romano*, in *Edizione nazionale delle opere di Giorgio La Pira*, Firenze University Press, Firenze 2019, pp. 465-1124.

⁸⁶ Con riferimento alla *fictio legis Corneliae* ci permettiamo di rinviare ad alcuni storici studi: E. F. Hase, *Das Jus Postliminii und die Fictio Legis Corneliae*, C. E. M. Pfeffer, Halle 1851; A. Bechmann, *Das Jus Postliminii und die Lex Cornelia: ein Beitrag zur Dogmatik des römischen Rechts*, A. Deichert, Erlangen 1872; H. J. Wolff, *The lex Cornelia de captivis and the Roman law of succession*, in *TvR*, 17/2 (1941), pp. 136-183. In tema si vedano anche le riflessioni di A. Watson, *Captivitas and Matrimonium*, in *TvR*, 29/2 (1961), pp. 243-259.

nessero la loro validità⁸⁷. Anche in questo caso dunque la *fictio* è frutto di un procedimento autoritativo (e potremmo dire ‘alogico’⁸⁸), sebbene qui riconducibile all’attività del legislatore anziché del magistrato.

⁸⁷ Il meccanismo proprio della *fictio legis Corneliae* emerge in maniera chiara dal seguente passo di Giuliano: D. 28.1.12 (Iul. 42 dig.): «*Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent, et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet. Quare servus heres scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber et heres erit seu velit seu nolit, licet minus proprie necessarius heres dicatur: nam et filius eius, qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur, quamvis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit*».

⁸⁸ La qualificazione della finzione in termini di ‘alogicità’ (nel senso non di contrarietà, ma di estraneità ai meccanismi propri della logica) serve a distinguerla dalla presunzione, quale procedimento logico attraverso il quale è possibile argomentare la probabile esistenza di un fatto incerto partendo dalla constatazione di un dato certo. Ciò è quanto avviene per esempio nella ‘presunzione di commorienza’, introdotta per sopperire all’impossibilità di stabilire la priorità cronologica tra i diversi eventi presi in considerazione (cfr. art. 4 c.c.: «Quando un effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona a un’altra e non consta quale di esse sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento»). Detta presunzione opera quando sussiste incertezza in ordine alla sopravvivenza di un soggetto rispetto all’altro, ad esempio allorché questi siano venuti a mancare a causa di un unico evento o nell’ambito del medesimo contesto, come non di rado purtroppo accade in occasione di incidenti stradali. In tali ipotesi, stante l’impossibilità di stabilire con certezza la scansione temporale degli eventi, l’ordinamento sceglie di intervenire attraverso una parziale alterazione del vero, al fine di consentire la produzione degli effetti giuridici a tale situazione connessi. Dall’esempio citato emerge con sufficiente chiarezza la differenza tra presunzione e finzione. Tuttavia, il rischio di assimilare i due concetti in parte permane a causa dell’uso invalso nel linguaggio comune, in cui i due termini sono talvolta utilizzati in modo promiscuo. Tale fungibilità non può però ammettersi nel momento in cui gli stessi siano valutati nel loro significato tecnico, essendo necessario operare la dovuta distinzione. Questa è ben rappresentata da L. De Mauri, *Regulae juris*, cit., pp. 92 ss., che alla voce ‘finzione’ (*fictio*) opera un rinvio interno alla voce ‘presunzione’ (*vide et praesumptio*), rilevando che «mentre per la prima si ammette il contrario di ciò che è realmente successo o non successo», la seconda «suppone ciò che ordinariamente suole avvenire». Con l’ulteriore conseguenza che, mentre per la presunzione «è ben possibile [...] una riprova», salvo che questa poi sia considerata ammissibile (presunzione relativa) o meno (presunzione assoluta) da parte dell’ordinamento, per la finzione viceversa ciò non risulta praticabile. Diverso è anche il rispettivo fondamento: infatti, mentre la presunzione trae origine da circostanze reali, le quali vengono plasmate attraverso la tecnica giuridica per rispondere alle esigenze del caso concreto, la finzione non trova invece alcun aggancio nel mondo vero, creandone anzi appositamente uno fittizio. Diverso dunque è il livello di deformazione del reale, il quale nella presunzione viene soltanto forzato, in modo più o meno rilevante, trasformando in verità ciò che sarebbe soltanto probabile (ma neppure da escludere in radice); lo scostamento dal vero è invece radicale nella finzione, la quale crea una verità artificiale, dando per buona una realtà che si sa per certo non sussistere. In sostanza, mentre la presunzione opera mediante un procedimento tipicamente logico-deduttivo, che da un fatto noto ne desume uno ignoto, nella finzione invece il meccanismo è creativo-sostitutivo, dal momento che essa crea una nuova realtà (che si sa ‘falsa’) sostituendola alla realtà ‘vera’. Con l’ulteriore risvolto che, proprio perché la finzione opera dando per buono un dato che si sa essere falso, contro la stessa non è consentito addurre una controprova, differenzialmente da quanto avviene rispetto alle presunzioni, quantomeno quelle relative (*iuris tantum*). Volendo riassumere in due formule la distinzione tra i due istituti, possiamo riprendere le parole di Edoardo Dieni, il quale «*elegantèr definit*» la *fictio* come «*in re certa, contra veritatem, sine intentione celandi adversionem veritatis, exclusa probatione contrarii, assumptio*» e, dall’altro, la *praesumptio* come «*in re non certa, sine intentione, si casus ferat, celandi adversionem veritatis, exclusa probatione contrarii, assumptio*» (cfr. E. Dieni, *Finzioni canoniche: dinamiche del ‘come se’ tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano 2004, p. 146). Anche se il *discrimen* tra le due diviene evanescente nel caso in cui la presunzione sia riguardata come assoluta (*iuris et de iure*), dal momento che in questo caso «è noto che il fatto assunto come vero non è vero» (E. Dieni, *Finzioni canoniche*, cit., p. 216) e lo stesso non è con-

Fatta eccezione per quest'ultima ipotesi, in cui la *fictio* è introdotta da una *lex*, in quanto tale fonte di *ius civile*, gli altri esempi citati fanno riferimento ad istituti sorti nell'ambito del diritto onorario. In tali casi il proposito che il pretore ha di mira è la produzione dell'effetto giuridico; il mezzo tecnico che permette la realizzazione di questo obiettivo è la finzione, che sostituendosi alla realtà considera sussistente il requisito necessario per l'integrazione dell'ipotesi civilistica. Non viene dunque ampliata la fattispecie astratta, né tantomeno modificato il sistema di *ius civile*: d'altra parte ciò non sarebbe immaginabile ad opera del pretore⁸⁹, che in quanto magistrato titolare di *iurisdictio* ha il compito di amministrare la giustizia applicando il *ius*, non creandolo. È pur vero che proprio attraverso l'esercizio dello '*ius dicere*' in realtà il pretore si rende in certo modo a sua volta autore di *ius*; tuttavia, il diritto che scaturisce dalla sua *iurisdictio* è diverso da quello di matrice civilistica, al quale si affianca in funzione integrativa, o meglio 'ausiliaria, suppletiva e correttiva' («*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*»)⁹⁰. La sua finalità è infatti offrire risposte alle esigenze emerse nella società e così risolvere situazioni che sono meritevoli di tutela, ma che in assenza dei precisi requisiti previsti dal *ius civile* non potrebbero riceverla, poiché non ricadono nella fattispecie legale. Ecco che di nuovo si affaccia

futabile attraverso una prova contraria, con il risultato che in tali ipotesi è chiaro che – così il commento contenuto in F. Lanchester e T. Serra (a cura di), '*Et si omnes...*': *scritti in onore di Francesco Mercadante*, Giuffrè, Milano 2008, p. 45 – «la presunzione sconfina nella finzione». Per un approfondimento sulla nozione di presunzione si vedano le seguenti voci enciclopediche: V. Andrioli, *Presunzioni (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 13, Utet, Torino 1968, pp. 765-766 e Id., *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 13, Utet, Torino 1968, pp. 766-772; F. Coppola, *s.v. Presunzione*, in *Dig. it.*, vol. 19/1, Utet, Torino 1909-1912, pp. 863-893; M. Taruffo, *s.v. Presunzioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 27, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1991, pp. 1-5. Infine, ci preme ricordare che all'istituto della commorienza nell'ambito dell'esperienza giuridica del diritto romano ha dedicato uno specifico studio R. Lambertini, *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, Giuffrè, Milano 1984.

⁸⁹ Sul ruolo del pretore e in generale della scienza giuridica in rapporto alla legge, nonché sull'atavica e controversa dialettica tra *ius* e *lex* si vedano, tra gli altri, i seguenti contributi: F. Amarelli, *Scienza giuridica e legislazione*, in *SDHI*, 62 (1996), pp. 711-712; B. Biondi, *Lex e ius*, in *BIDR*, 67 (1964), pp. 39-71; Id., *Lex e ius*, in *RIDA*, 12 (1965), pp. 169-202; C.A. Cannata, *Diritto giurisprudenziale e diritto codificato*, in *Labeo*, 45/2 (1999), pp. 240-243; A. Carcaterra, *L'analisi del 'ius' e della 'lex' in elementi primi (Celso, Ulpiano, Modestino)*, in *SDHI*, 46-47 (1980-1981), pp. 248-281; G. Crifò, *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 31-117; S. Di Salvo, *Ius gentium e lex mercatoria*, in *SDHI*, 80 (2014), pp. 351-358; P. Frezza, *Lex e nomos*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 1-31; J. Gaudemet, *Ius et leges*, in *Iura* 1 (1950), pp. 223-252 (= *Études de droit romain*, vol. 1, *Sources et théorie générale du droit*, Jovene, Napoli 1979, pp. 439-470); C. Gioffredi, *Ius, lex, praetor*, in *SDHI*, 13-14 (1947-1948), pp. 7-140; F. Longchamps de Bérier, *The praetor as a promoter of bonum commune*, in *Legal Roots*, 3 (2014), pp. 217-231; S. Riccobono, *La fusione del 'ius civile' e del 'ius praetorium' in un unico ordinamento*, in *Labeo*, 35/2 (1989), pp. 215-232. Sul ruolo della scienza giuridica in rapporto al processo si veda, in particolare, P. Giunti, *Iudex e iuris peritus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in V. Marotta e E. Stolfi (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2012, pp. 213-251, la quale così afferma in apertura del proprio studio: «Il problema del rapporto tra scienza giuridica e dinamica processuale, autentico nodo strutturale per ogni ordinamento giuridico, assume un rilievo addirittura connotante per un'esperienza, come quella di Roma antica, nella quale il ruolo della *iuris interpretatio* viene istituzionalmente rappresentato in termini fondativi».

⁹⁰ D. 1.1.7.1 (Pap. 2 *defin.*): «*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*».

il meccanismo ormai noto: una situazione che in assenza del requisito di legge non consente l'integrazione del tipo, ma che in virtù della meritevolezza riconosciutale dall'ordinamento si vede esteso il regime giuridico e la relativa tutela grazie all'intervento della tecnica giuridica. Di nuovo, oggi come allora, il fenomeno è lo stesso: il diritto cerca, attraverso i propri strumenti, di offrire risposta rispetto alle esigenze – meritevoli di tutela – della società civile.

4. 'Apparenza di apparenza': apparenza del diritto e istituti 'apparentemente' affini

4.1 Apparenza del diritto ed errore: l'errore originato dall'apparenza e l'errore vizio del consenso

Finora ci siamo concentrati sulla nozione di apparenza, cercando di fornirne una (quanto più possibile univoca) definizione, di individuarne i caratteri e gli elementi costitutivi, di chiarirne la *ratio*, nonché infine di valutarne la portata applicativa nelle sue diverse estensioni e manifestazioni.

Per completare il quadro è adesso necessario procedere con un'ultima valutazione, che cerca di cogliere l'essenza dell'*apparentia iuris* non osservandola dall'interno, bensì dall'esterno. Per circoscrivere ulteriormente il concetto di apparenza del diritto occorre cioè guardare al di là dei suoi confini, cercando di capire quali siano gli istituti ad essa finitimi, per evitare che possa esservi un'incontrollata reciproca migrazione degli uni nel territorio dell'altra. Proprio per scongiurare un simile rischio occorre allora mettersi 'di vedetta' alla dogana e respingere dalla nostra analisi – pena il rischio che il discorso scada in uno studio generalista e indebitamente inglobante – tutto ciò che è 'altro' rispetto all'apparenza. A tal fine occorre procedere mediante il ricorso a «categorie negative od esclusioni», cercando di elencare «ciò che l'apparenza non è»: soltanto in questo modo sarà possibile pervenire ad una compiuta enucleazione del principio in esame⁹¹.

Quest'ultimo passaggio si rende necessario proprio in ragione dell'estrema evanescenza del concetto, che rende difficoltosa la sua definizione in positivo e impone di mantenere distinta l'apparenza da tutti gli altri istituti che alla stessa sono solamente affini, rispetto ai quali – volendo giocare con le parole – potremmo complessivamente parlare di 'apparenza di apparenza'. Ci riferiamo, in particolare, all'errore, alla simulazione e al possesso.

Con riferimento al primo, in base a quanto già osservato nelle pagine iniziali, nelle quali abbiamo cercato di tracciare i contorni dell'istituto dell'apparenza, emerge come tra quest'ultima e l'errore sussista uno stretto e quasi inscindibile collegamento. Anzi, stando alla definizione di apparenza che la dottrina è solita individuare

⁹¹ Questo *modus operandi* non è un *quid novi*, ma è il normale sviluppo di ogni ragionamento che ambisca all'individuazione e alla definizione di un istituto, anche non necessariamente giuridico. Proprio questo metodo è, infatti, utilizzato anche nei più recenti studi dedicati al tema che qui ci occupa: cfr. N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., pp. 12 ss.; nonché già A. Falzea, *s.v. Apparenza*, cit., pp. 687 ss., dal quale anche la stessa Autrice trae il proprio ragionamento.

e che abbiamo cercato di ripercorrere, l'errore risulta essere proprio un elemento costitutivo della fattispecie giuridica qualificata in termini di apparenza. Abbiamo infatti detto che «il principio dell'apparenza del diritto è una formula generale con la quale si suole indicare tutti quei casi in cui, in presenza di circostanze univoche ed oggettive, una certa situazione giuridica (in verità inesistente) appare come esistente, determinando così l'errore del terzo»⁹².

Posta tale definizione di apparenza del diritto (che attraverso le considerazioni che seguono non vuole certo essere smentita, ma spera anzi di trovare nuova conferma) può sembrare strano o quanto meno poco coerente che ora si reputi necessario distinguere quella stessa apparenza proprio dall'errore, che abbiamo appena affermato costituire parte integrante e insopprimibile. Tale apparente contraddizione trova una facile spiegazione attraverso la precisazione, che si rende adesso quanto mai opportuna, circa la categoria di errore al quale si intende fare riferimento. In particolare, occorre mantenere distinti l'errore nel quale incorre il soggetto terzo a causa della situazione di apparenza (che legittima il suo affidamento nella titolarità e nella conseguente legittimazione propria di uno stato di diritto in realtà insussistente), dalla diversa tipologia di errore tradizionalmente qualificato come vizio del consenso, rilevante ai fini dell'invalidità – *sub specie* annullamento – del negozio giuridico e, in quanto tale, capace di travolgerne gli effetti.

È chiaro che i due tipi di errore non divergono in ordine ai loro elementi essenziali e alla loro struttura; anzi, hanno un nucleo comune, costituito dal fatto che entrambi determinano nel soggetto che ne risulta vittima una falsa rappresentazione della realtà⁹³. Sia l'uno che l'altro producono un identico effetto, che è quello di indurre un soggetto a considerare esistente qualcosa che in realtà non è reale: è proprio in ragione di tale identità che si spiega perché ambedue siano qualificati giuridicamente come 'errori'. Tuttavia, pur essendo identico il processo che si produce nella *mens* del terzo, diverse (anzi, opposte e speculari) sono le conseguenze giuridiche che dai due *errores* originano: nello specifico, l'uno è preordinato a garantire l'efficacia dell'atto colpito da errore, l'altro invece trova il suo esito proprio nell'inefficacia dell'atto viziato⁹⁴.

Diverso è inoltre il piano, soggettivo o oggettivo, su cui operano i due tipi di errore. Sul piano soggettivo si colloca l'errore vizio, che per produrre la conseguenza dell'inefficacia dell'atto deve riguardare uno degli elementi la cui esatta rappresentazione è da considerarsi essenziale. Proprio sulla base dell'elemento su cui concretamente cade l'errore la dottrina suole comunemente distinguere diverse tipologie di

⁹² Cfr. *supra*, par. 1.

⁹³ Come rilevato da A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., p. 697, «l'errore che l'apparenza determina nel soggetto non differisce, nei suoi caratteri essenziali, dall'errore che vizia la volontà e genera la invalidità del negozio giuridico».

⁹⁴ A ravvisare come le conseguenze giuridiche dei due tipi di errore operino «in senso speculare» è ancora N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 14, la quale sottolinea che mentre «l'errore vizio determina l'inefficacia dell'atto o la precarietà della sua efficacia, rimuovibile ad iniziativa del soggetto errante, l'errore ingenerato dall'apparenza, all'opposto, determina l'efficacia dell'atto nonostante la mancata integrazione dei corrispondenti presupposti normativi».

errores, le cui nomenclature latine – *error in negotio*⁹⁵, *error in persona*⁹⁶, *error in corpore* e *error in nomine*⁹⁷, *error in substantia* e *error in qualitate*⁹⁸ – devono la

⁹⁵ In questo caso l'errore coinvolge proprio il tipo di negozio stipulato, come nel caso in cui due contraenti ritengano di aver stipulato l'uno una donazione e l'altro un contratto di mutuo: D. 12.1.18 pr.-1: (Ulp. 7 disp.): «pr. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuum accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuum esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. 1. Si ego quasi deponens tibi dederò, tu quasi mutuum accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuum pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accipi: sed in utroque casu consumptis nummis conditioni sine doli exceptione locus erit».

⁹⁶ L'*error in persona* concerne l'individuazione della persona fisica con cui si intende porre in essere il negozio: esso è giuridicamente rilevante soltanto quando sia essenziale, ossia quando per le qualità e le caratteristiche della stessa deve ritenersi che il soggetto non avrebbe concluso l'atto con nessun'altro. La persona su cui l'errore ricade assumerà le vesti di controparte o di destinatario, a seconda che si tratti di negozi bilaterali o unilaterali: ciò risulta chiaramente dai due passi seguenti, aventi ad oggetto rispettivamente il primo un contratto di mutuo e il secondo un'istituzione di erede: D. 12.1.32 (Cels. 5 dig.): «Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est»; D. 28.5.9 pr. (Ulp. 5 ad Sab.): «Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti "frater meus" "patronus meus", placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est».

⁹⁷ L'*error in corpore* comporta un fraintendimento circa l'identificazione della *res* che forma oggetto del negozio, come nel caso di scambio di un fondo o di uno schiavo al posto di un altro: D. 18.1.9 pr. (Ulp. 28 ad Sab.): «In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptio dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiat, apparet nullam esse emptionem». In entrambi i casi l'oggetto che si intende acquistare è diverso da quello concretamente ottenuto, pertanto i giuristi si pronunciano a favore della nullità della vendita. Diversa è l'ipotesi in cui il fraintendimento coinvolga non il *corpus*, ossia la cosa in sé, ma semplicemente la sua denominazione. In quest'ultima ipotesi – cosiddetto *error in nomine* – l'errore non potrà ritenersi rilevante ai fini dell'invalidità del negozio, dal momento che lo stesso non ricade su una qualità essenziale del bene, non potendo certo considerarsi tale il *nomen*. Ecco perché, secondo Ulpiano, non vi è dubbio che la compravendita sia valida: D. 18.1.9.1 (Ulp. 28 ad Sab.): «Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat»; D. 37.11.8.2 (Iul. 24 dig.): «Sed et cum in praenomine cognomine erratum est, is ad quem hereditas pertinet etiam bonorum possessionem accipit».

⁹⁸ L'errore che coinvolge la qualità del bene e del tipo di merce, frequente soprattutto nei contratti di scambio, come la compravendita o la permuta, rileva soltanto quando incide sull'appartenenza ad un determinato genere commerciale. D. 18.1.9.2 (Ulp. 28 ad Sab.): «Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ousia est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur»; D. 18.1.11.1 (Ulp. 28 ad Sab.): «Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est». Se, invece, la qualità su cui cade l'errore non è essenziale e dunque, nonostante il fraintendimento, non muta il *genus* al quale il bene stesso appartiene, allora esso non spiegherà effetto sul negozio e non ne inficerà la

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

loro origine proprio alle espressioni utilizzate dai giuristi romani⁹⁹. Lo stesso errore, inoltre, non deve dipendere da colpa del soggetto che vi incorre. Pertanto, ai fini della sua affermazione o viceversa della sua esclusione, si dovrà tenere necessariamente conto di tutte le circostanze di fatto che possano avere concretamente inciso sul suo insorgere e che quindi possano avere pregiudicato la formazione del consenso del soggetto errante¹⁰⁰. È chiaro, dunque, che l'ambito al quale occorre far riferimento per affermarne o negarne l'esistenza è quello soggettivo: esso deve essere valutato ponendosi dal punto di vista del soggetto che è incorso in errore.

Al contrario, esattamente opposta è la prospettiva in cui si colloca l'errore frutto della situazione di apparenza. Questo potrà infatti rivestire rilievo giuridico e determinare le conseguenze dette soltanto se connotato da oggettività: come già ricordato, deve trattarsi di una situazione di fatto che, tuttavia, in base a circostanze oggettive ed univoche, si presenti agli occhi esterni conforme ad una situazione di diritto. In altre parole, occorre che lo stato di apparenza che determina l'errore sia tale da trarre in inganno potenzialmente chiunque, da ingenerare confusione o fraintendimento nella generalità dei consociati e, in questo modo, indurre incolpevolmente qualsiasi persona, che faccia uso della normale diligenza, a comportarsi come se quella situazione soltanto apparente fosse invece reale¹⁰¹.

Quanto appena detto potrebbe riassumersi con due parole: deve trattarsi di un 'errore scusabile'; se volessimo aggiungerne una terza, potremmo dire un 'errore oggettivamente scusabile'. Laddove questa oggettiva scusabilità dell'errore rappresenta un elemento necessario ma anche sufficiente della fattispecie di apparenza: es-

validità e l'efficacia: D. 18.1.10 (Paul. 5 ad Sab.): «*Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet*»; D. 18.1.14 (Ulp. 28 ad Sab.): «*Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? Ut puta si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset? Ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. Nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet*»; D. 18.1.41.1 (Iul. 3 ad Urseium Ferocem): «*Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur*»; D. 19.1.21.2 (Paul. 33 ad ed.): «*Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt*».

⁹⁹ A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 195 avverte, tuttavia, come le classificazioni proposte dagli interpreti sulla scorta delle fonti romane siano state avanzate in base ad una terminologia «incompleta e talvolta oscillante».

¹⁰⁰ N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 14 afferma che l'errore viziante «rileva su un piano meramente soggettivo, dovendo essere misurato tenendo conto di tutte le circostanze oggettive e soggettive della fattispecie che ne determinino o meno la conoscibilità da parte del soggetto errante».

¹⁰¹ Cfr. A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., p. 697, secondo cui l'erroneo convincimento sull'esistenza di una certa situazione giuridica deve essere «causato da una situazione di fatto tale che qualunque soggetto medio della collettività sarebbe caduto nel medesimo errore»; una situazione di fatto capace di trarre in inganno, circa l'esistenza della situazione giuridica, qualsiasi persona di normale diligenza e accortezza». L'Autore a sua volta riprende L. Monacciani, *Azione e legittimazione*, Giuffrè, Milano 1951, p. 138: «l'essenziale è che qualunque terzo si possa ingannare»; sulla stessa linea anche N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., la quale ritiene che l'errore nell'apparenza vada «misurato con il metro eminentemente oggettivo dell'idoneità dell'apparenza a trarre in inganno la generalità dei terzi» e che, dunque, possa parlarsi di «apparenza giuridicamente rilevante» solamente se si tratti di «fatti valutabili dalla generalità dei consociati come indice di titolarità di un certo rapporto giuridico».

so deve infatti ricorrere affinché detta fattispecie possa ritenersi integrata, ma ove presente non richiede ulteriori stati soggettivi dei terzi coinvolti nella situazione di apparenza. In particolare, non serve che l'errore sia stato determinato colposamente né tanto meno dolosamente da un terzo, quale potrebbe essere il titolare (apparente o reale) del diritto soggettivo. La sussistenza del dolo o della colpa, semmai, inciderà sulla qualificazione della fattispecie di apparenza e rileverà ai fini della già delineata distinzione tra apparenza pura e apparenza colposa¹⁰². Così, se l'errore sia determinato da colpa o dolo del terzo saremo di fronte ad un'ipotesi di apparenza colposa; laddove, invece, sia semplicemente frutto della situazione di fatto (nella sua oggettività e senza il concorso della condotta del terzo) si tratterà di apparenza pura, ma cionondimeno apparenza.

4.2 Apparenza del diritto e simulazione

Proprio le ultime considerazioni svolte risultano utili per distinguere l'apparenza da un'ulteriore fattispecie, rappresentata dall'istituto della simulazione¹⁰³. A riguardo è stato, infatti, sostenuto che il negozio simulato sarebbe in verità un negozio 'fittizio' che intende tuttavia presentarsi come 'reale' agli occhi esterni: l'obiettivo del negozio simulato sarebbe, dunque, quello di suscitare l'apparenza di un negozio reale¹⁰⁴. Ciò in passato ha indotto alcuni autori a sostenere che la base della tutela dell'apparenza risiederebbe proprio nella disciplina della simulazione, ma si è repli-

¹⁰² A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., p. 698: «ove concorra la colpa o il dolo» del terzo «si avrà un'ipotesi particolare di apparenza e sarà bene distinguerla dalla prima».

¹⁰³ Senza alcuna pretesa di completezza, ci permettiamo di segnalare alcuni fondamentali lavori in tema di simulazione, fra cui in *primis* quello di G. Pugliese, *La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano*, Cedam, Padova 1938. Si vedano inoltre: G. Longo, *Sulla simulazione dei negozi giuridici*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, vol. 3, Castiglia, Palermo 1936, pp. 111-161; e, sempre come esempio di lavoro dedicato al tema della simulazione in diritto romano, quello di N. Dumont-Kisliakoff, *La simulation en droit romain*, Cujas, Paris 1970. Con riferimento al diritto moderno, nell'ambito della copiosa bibliografia in tema di simulazione ci limitiamo a citare alcuni classici, fra cui: F. Ferrara, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Athenaeum, Roma 1922⁵; F. Pestalozza, *La simulazione nei negozi giuridici*, Società editrice libraria, Milano 1919; A. Butera, *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis*, in Id., *Della frode e della simulazione*, vol. 2, Utet, Torino 1936; A. Auricchio, *La simulazione nel negozio giuridico: premesse generali*, ESI, Napoli 1978 (ripr. dell'ed. Jovene, Napoli 1957); S. Romano, *Contributo esegetico allo studio della simulazione: l'art. 1414 c.c.*, Giuffrè, Milano 1955; N. Distaso, *La simulazione dei negozi giuridici*, Utet, Torino 1960; G. A. Nuti, *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Giuffrè, Milano 1986; G. Bianchi, *La simulazione*, Cedam, Padova 2003. Si vedano, inoltre, le voci enciclopediche relative al concetto di simulazione: G. Pugliese, s.v. *Simulazione (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 17, Utet, Torino 1970, pp. 351-359; F. Ferrara, s.v. *Simulazione nei negozi giuridici*, in *N. dig. it.*, vol. 17/1, Utet, Torino 1939, pp. 309-319; F. Canfora, s.v. *Simulazione*, in *Dig. it.*, vol. 21/3, Utet, Torino 1895-1902, pp. 411-451; M. Casella, s.v. *Simulazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. 47, Giuffrè, Milano 1990, pp. 593-614, specialmente par. 7, pp. 598-599, relativo all'apparenza.

¹⁰⁴ In questo senso si veda L. Mitteis, *Römisches Privatrecht: bis auf die Zeit Diokletians*, Duncker & Humblot, Leipzig 1908, p. 261 nota 15, la cui ricostruzione tuttavia viene criticata da E. Betti, *Consapevole divergenza della determinazione causale del negozio giuridico (simulazione e riproduzione 'dici causa' o 'fiduciae causa')*, in *BIDR*, 42 (1934), pp. 299-325, in particolare pp. 306 ss., il quale non esita a definire la nozione che l'Autore propone di negozio simulato come «falsa».

cato che la simulazione tutela solo alcune categorie di terzi e non la loro totalità, dal momento che riguarda l'opponibilità del patto.

Tuttavia, analizzando i due istituti è agevole rendersi conto che gli stessi non possono identificarsi. La simulazione ricorre, infatti, quando le parti concludono un negozio che in realtà non volevano porre in essere o che, secondo una forma meno radicale, intendevano stipulare ma a condizioni diverse. Quest'ultima precisazione è alla base della distinzione, interna al fenomeno simulatorio, fra simulazione assoluta (il primo caso) e relativa (il secondo). Comune a entrambi i negozi è, invece, la peculiare metodologia di manifestazione della volontà, che presenta una deviazione fra quanto rappresentato all'esterno e quanto intimamente voluto. Siamo cioè di fronte a quella che viene tradizionalmente definita una 'consapevole divergenza tra voluto e manifestato', ossia quel fenomeno per cui la modalità di ostensione – cioè la forma contrattuale – non corrisponde alla reale *voluntas contrahentium*.

Il fatto che nella simulazione le parti intendano dissimulare il vero e coprire la reale essenza del negozio con una veste diversa non significa che ciò sia necessariamente dettato da volontà frodatrice o *lato sensu* illecite, potendo anzi servire per far fronte a nuove esigenze dei privati cui il diritto non abbia ancora apprestato risposta¹⁰⁵. A conferma di tale assunto, valido sin dalle epoche più antiche, la dottrina ha sottolineato come la simulazione costituisca l'espedito che ha fondato in passato quel fenomeno di «riproduzione imitativa (*dicis causa*) di negozi preesistenti» – di cui l'esperienza romana ci riporta numerosi esempi attraverso quei negozi che le fonti qualificano come '*imaginarii*' – col quale si è cercato di rispondere alle richieste emergenti nella società civile, adeguando gli stessi negozi «mercé opportuni adattamenti, a nuove funzioni economiche o sociali»¹⁰⁶. Tanto che si è parlato, forse con eccessiva enfasi, della simulazione quale strumento della «lotta per il riconoscimento di nuovi tipi di negozi»: una lotta che costituirebbe addirittura la «ragion d'essere» della simulazione stessa, determinandone l'*origo* ma anche, una volta ottenuto il riconoscimento, segnandone ineluttabilmente la *finis*¹⁰⁷.

¹⁰⁵ E. Betti, *Consapevole divergenza*, cit., p. 305: «non è da credere che la simulazione serva solo a coprire una illecità riprovata dal diritto». Certo, indubbiamente la simulazione «può bensì servire anche a questo, e cioè adibirsi a scopo di frode», sia rivolta contro la legge, sia diretta nei confronti di altri privati. Ma non è questa l'unica eventualità possibile, «potendo benissimo esservi frode senza simulazione». Quest'ultima, infatti, può servire «per far salve certe convenienze sociali» e in questo caso l'illiceità che si intende coprire con la simulazione è una «illiceità puramente sociale», ma anche «per supplire a deficienze che il diritto scopre di fronte a sopravvenienti esigenze dell'autonomia privata».

¹⁰⁶ Le espressioni tra virgolette sono riprese da E. Betti, *Consapevole divergenza*, cit., p. 306, il quale sottolinea come tali negozi «ricalcati sopra un modello e da esso imitati nella forma», proprio in ragione della loro «palese incongruenza tra forma e causa», saranno qualificati come '*imaginarii*', poiché compiuti «*dicis causa proprie veteris iuris imitationem*». Quali esempi di questi negozi *imaginarii* l'Autore cita (ivi, p. 307) le diverse applicazioni della *mancipatio*, in cui la giurisprudenza si è servita del modello mancipatorio ai fini della formazione di un nuovo tipo di negozio giuridico, che ha successivamente ottenuto «il riconoscimento ufficiale del diritto». Fra questi, in particolare, ricorda la *mancipatio familiae*, come nucleo fondamentale da cui si evolverà il *testamentum per aes et libram*, la *datio in adoptionem*, l'*emancipatio*, la *coemptio matrimonii causa* e, inoltre, la *noxae deditio* del libero.

¹⁰⁷ Ivi, pp. 310-311: «col riconoscimento giuridico l'effetto vincolante del nuovo negozio è ormai assicurato: ma ecco che allora la simulazione esaurisce la sua funzione genetica e cessa di avere senso», pronta a risorgere, come una fenice, solo in presenza di ulteriori e diverse esigenze pratiche. «Essa con-

Al di là della rappresentazione più o meno enfatica che si voglia dare al fenomeno simulatorio, ciò che è certo è che nei casi sopra prospettati si determina uno sviamento rispetto alla causa che connota e contraddistingue il tipo negoziale prescelto, che viene funzionalizzato al perseguimento di uno scopo pratico diverso rispetto a quello per il quale l'ordinamento lo ha concepito. Volendo utilizzare le categorie moderne, potremmo dire che si determina un disallineamento della causa concreta rispetto alla causa astratta, frutto di una «esasperazione della funzione strumentale del negozio giuridico»¹⁰⁸ che, forzato nella sua struttura, viene piegato ed orientato al soddisfacimento dell'interesse privato¹⁰⁹.

Se così è, non può condividersi la teoria che assimila l'apparenza alla simulazione e che addirittura ritiene che il negozio apparente nasca da quello simulato. Tutt'altro: nell'apparenza la divergenza tra situazione di fatto e di diritto non è necessariamente voluta dalle parti. Pertanto, nell'apparenza può tranquillamente mancare (e infatti manca nell'apparenza 'pura') quell'elemento soggettivo che connota invece l'essenza stessa della simulazione. Per questo motivo, volendo riprendere l'esempio dei negozi *imaginarii* del diritto romano, la dottrina ha escluso che questi possono definirsi apparenti, poiché in essi manca una «dissonanza tra stato di fatto e stato di diritto», è assente una «divergenza tra quanto appare materialmente e quanto è invece giuridicamente», né si rinviene alcun affidamento da tutelare¹¹⁰.

Ciò posto, non pare potersi affermare che fra apparenza e simulazione sussista un rapporto di identità, né di derivazione della prima dalla seconda. Semmai, invertendo i termini del rapporto, può dirsi che la simulazione costituisce una peculiare ipotesi di apparenza, in particolare di apparenza colposa¹¹¹. Gli autori del negozio simulato realizzano un atto che in verità non hanno intenzione di concludere (quantomeno nei termini e nelle modalità manifestate all'esterno) e perciò pongono co-

serva la sua fisionomia caratteristica solo finché lotta per il riconoscimento di nuovi tipi di negozi: il trionfo in questa lotta segna necessariamente la sua fine, perché ne sopprime la ragion d'essere». Ecco dunque quale sarebbe, secondo l'Autore, la dialettica e la perenne vicenda della simulazione: «un fenomeno che vive al margine dell'ordinamento giuridico e mentre oscilla fra l'irrelevanza giuridica e l'illiceità [...] aspira, tuttavia, a mettersi sotto la sua protezione».

¹⁰⁸ È sempre Emilio Betti (ivi, p. 304) a sottolineare come nella simulazione si verifichi una divergenza nella determinazione causale, dal momento che «caratteristica della simulazione è che la determinazione di volontà non si indirizza, come dovrebbe, alla funzione economico-sociale tipica del negozio, ma [...] la sostituisce» in tutto o in parte «con uno scopo pratico diverso».

¹⁰⁹ Questa l'argomentazione sulla cui base autorevole dottrina ha in passato ritenuto di affiancare la simulazione al negozio indiretto, non senza incontrare tuttavia oppositori, che suggerivano di mantenere distinti i due istituti. Si veda in proposito la diversa visione di Tullio Ascarelli, fautore della tesi «separatista» e il contrario avviso di Emilio Betti, che ironizzando ritiene che la costruzione dogmatica del collega sia «frutto di una curiosa diplopia» (cfr. E. Betti, *Consapevole divergenza*, cit., p. 304, nota 1).

¹¹⁰ Le espressioni sono di S. Romeo, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano: tra giurisprudenza e prassi*, Giuffrè, Milano 2010, p. 259 nota 208, la quale, occupandosi del fenomeno della *imaginaria venditio* nel diritto romano (cfr. Gai 1.119), accenna alla problematica e controversa questione della identificazione tra negozi *imaginarii*, negozi apparenti e simulazione. Sul punto ci uniamo all'Autrice nel rinviare alle opposte tesi sostenute da E. Betti, *Consapevole divergenza*, cit., pp. 306 ss. e da G. Pugliese, *La simulazione nei negozi giuridici*, cit., il quale alla tematica in questione ha dedicato una compiuta e approfondita analisi.

¹¹¹ A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., p. 698: «un'ipotesi caratteristica di apparenza colposa si ha in tema di simulazione, in cui il titolare reale determina consapevolmente quella situazione di titolarità apparente, che è in grado di indurre in errore i terzi».

scientemente le basi per la determinazione nei terzi di uno stato di errore e di fraintendimento. In questo caso, quindi, l'errore scaturito dall'apparenza non sarà derivato dalla situazione di fatto in sé considerata, non potendosi negare che all'insorgere dello stesso abbia concorso la condotta di coloro che hanno voluto la simulazione. Non potrà dunque parlarsi in tale ipotesi di apparenza 'pura', ma saremo di fronte ad un classico caso di apparenza 'colposa'. In quest'ipotesi indubbiamente apparenza e simulazione si identificano, ma rimane ferma la loro distinzione sul piano concettuale, che non consente – per quanto abbiamo appena detto – di fondare sul negozio simulatorio, che dell'apparenza costituisce soltanto una delle possibili manifestazioni, l'intera teoria dell'*apparentia iuris*.

4.3 Apparenza del diritto e possesso

Per circoscrivere ulteriormente l'ambito applicativo della figura dell'apparenza, occorre considerare un'ultima fondamentale distinzione, che, pur affrontata all'esito della nostra breve ricognizione, rappresenta un tassello fondamentale della struttura che abbiamo cercato di costruire¹¹², avendo in passato originato non poche criticità. L'istituto al quale ci riferiamo, che più di tutti ha posto il problema della sua distinzione rispetto all'apparenza, essendo anzi ad essa spesso assimilato e sovrapposto, è il possesso. Non può, infatti, disconoscersi la sussistenza di una certa prossimità quantomeno esteriore fra i due istituti, tanto che non sono mancate voci che hanno fatto riferimento a tali concetti pressoché indistintamente, o addirittura utilizzato l'uno come elemento definitorio dell'altro¹¹³.

In generale possiamo rilevare che la sovrapposizione concettuale e la difficoltà di definire il possesso senza fare riferimento all'idea di apparenza si spiega anche in ragione del fatto che il termine 'apparenza', laddove utilizzato nell'ambito della definizione di possesso come di altri istituti, non necessariamente deve essere inteso nel suo significato tecnico-giuridico di *apparentia iuris* come finora rappresentata. Proprio il fatto che tale vocabolo sia diffuso anche nel linguaggio comune¹¹⁴ alimenta la difficoltà di riuscire a distinguere le diverse ipotesi: da un lato, quando lo stesso è usato in maniera atecnica, non dovrà necessariamente desumersi una volontà di accostare due fenomeni giuridici tra loro differenti; dall'altro, quando è utilizzato quale tecnicismo giuridico, sarà invece indicativo del principio dell'apparenza del diritto che qui ci occupa.

¹¹² ...*last but not least*... direbbero gli anglofoni!

¹¹³ Fra questi ci limitiamo a citare l'autorevole voce di F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società editrice del Foro italiano, Roma 1951³, p. 182, il quale utilizza il concetto di apparenza proprio per definire il possesso, quale «situazione di fatto, che ha l'apparenza della situazione di diritto». Parzialmente diversa e maggiormente dettagliata, invece, è la posizione di R. Sacco e R. Caterina, *Il possesso*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, A. Cicu e F. Messineo (diretto da), vol. 7, Giuffrè, Milano 2000, pp. 41 ss., i quali precisano che il possesso è 'apparenza' nel senso che quest'ultima è determinata dall'apparente esercizio del diritto.

¹¹⁴ La diffusione e l'utilizzo del termine 'apparenza' anche in contesti ulteriori e diversi rispetto a quello giuridico è un'evidenza segnalata anche da N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 3, allorché fa riferimento alla definizione di apparenza «nella prospettiva metagiuridica».

Tuttavia, nonostante un'iniziale confusione concettuale tra possesso e apparenza, la dottrina ha progressivamente ritenuto di dover procedere ad un'opportuna distinzione, la quale può oggi ritenersi pressoché unanimemente acquisita¹¹⁵. La motivazione che spinge i più ad affermare tale differenza è dovuta alla circostanza che il possesso è riconosciuto e tutelato in sé e per sé¹¹⁶ e non in quanto espressione di un principio superiore. In altre parole, se un domani il legislatore o anche soltanto la giurisprudenza dovesse decidere di privare di rilevanza il principio di apparenza, il possesso non sarebbe evidentemente travolto da tale *revirement*, poiché pur trattandosi di uno stato di fatto che ha al suo interno, quale elemento costitutivo intrinseco, una situazione di apparenza – nello specifico l'apparenza del diritto di proprietà – tuttavia non si identifica con essa.

Da quanto appena affermato risulta dunque che la questione della distinzione tra apparenza e possesso è strettamente connessa con quella della portata del principio di apparenza e dell'alternativa tra considerarlo un principio generale del diritto o, viceversa, una dizione riferibile ad una serie tassativa di istituti che della stessa costituiscono concrete manifestazioni. A riguardo, finché ci si limiti a considerare *uti singulae* le diverse fattispecie che dell'apparenza sono espressione, non potrà tra le stesse ricomprendersi il possesso, che rispetto ad esse si colloca evidentemente su di un livello superiore. Nel senso che, mentre nelle ipotesi appena citate l'ordinamento si limita a riconoscere determinati diritti o facoltà ai terzi coinvolti nell'apparenza al fine di evitare loro un pregiudizio, finendo così per assimilare dal punto di vista del trattamento giuridico la situazione apparente a quella fattuale, per il possesso le cose stanno diversamente. In quest'ultimo caso, infatti, l'ordinamento sceglie di attribuire rilievo giuridico e conseguentemente di predisporre tutela per una situazione (sì fattuale ma) connotata da una tale rilevanza sul piano sociale ed economico da non poter essere relegata al mondo del mero fatto e abbandonata all'autogoverno dei privati. Ciò non implica, però, che siano disconosciute o eliminate le differenze tra l'istituto fattuale (possesso) e quello giuridico (proprietà), la cui alterità¹¹⁷ anzi viene

¹¹⁵ Questo il pensiero anche di N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 12, secondo la quale oggi «si è pressoché pacificamente escluso che il rilievo giuridico attribuito dal legislatore al possesso valga a configurare una fattispecie di apparenza».

¹¹⁶ *Ibid.*: «è la situazione di possesso in sé ad essere tutelata, non la situazione in quanto considerata normale manifestazione esterna del diritto di proprietà»; «la tutela giuridica è infatti accordata al possessore di per sé, ovvero all'individuo che pone in essere la situazione che “corrisponde” all'esercizio del diritto di proprietà». Particolare, invece, la motivazione addotta da Angelo Falzea a sostegno della tesi della necessaria distinzione tra possesso e apparenza. L'Autore in particolare ritiene che l'apparenza, per la sua natura (che con una metafora ci piace definire di 'specchio' della realtà) richiede necessariamente e «non può ricorrere se non quando si abbia una situazione capace di spiegare forza segnalatrice di realtà». Di conseguenza, non potrebbero «dar luogo ad ipotesi di apparenza quei fatti che sono caratterizzati da una struttura opaca e che perciò non sono in grado di segnalare alcunché, al di fuori della propria esistenza» (A. Falzea, *s.v. Apparenza*, cit., pp. 687 ss.). Infatti, è chiaro che così come uno specchio per poter restituire un'immagine limpida e definita richiede una certa nitidezza dell'oggetto che vi si riflette, analogamente il principio dell'*apparenta iuris* difficilmente potrà operare a fronte di istituti già in sé connotati da una certa opacità e duttilità.

¹¹⁷ Chiara è infatti, almeno in astratto, la linea di confine che il nostro sistema di diritto privato individua fra proprietà, come titolarità del diritto reale, e possesso, come esercizio di fatto della signoria sul bene. Non del tutto analoga pare invece la distinzione all'interno del diritto romano, dove «non si può intende-

ribadita, oltre che attraverso una diversa individuazione definitoria sul piano sostanziale, soprattutto mediante la predisposizione di strumenti processuali differenti a protezione dell'uno e dell'altra¹¹⁸. I rispettivi mezzi si differenziano infatti sia quanto agli effetti conseguenti al loro accoglimento¹¹⁹, sia quanto ai presupposti richiesti ai fini dell'esperimento, non richiedendo la tutela del possesso – a differenza di quella della proprietà e degli altri diritti reali – alcun accertamento in ordine alla titolarità della situazione di diritto in capo all'agente, il quale invoca protezione per uno *status* fattuale e non giuridico.

Quanto appena osservato segna un *discrimen* importante rispetto alle fattispecie individuate come espressione del principio di apparenza giuridica, nelle quali – come avremo modo di vedere in dettaglio – la tutela viene apprestata e concepita dall'ordinamento attraverso un'estensione ad esse del regime ordinariamente previsto per l'istituto di cui manifestano le sembianze. Tale essenziale differenza è elemento sufficiente, secondo l'impostazione seguita dalla dottrina maggioritaria, per «escludere che il possesso, nell'ambito del nostro diritto, possa essere definito come fenomeno di apparenza»¹²⁰; tanto che recentemente è stato rilevato come la teoria dell'apparenza, pur avendo risentito in passato in maniera significativa (soprattutto in Germania) della tematica del possesso, che ne ha indiscutibilmente segnato l'origine e condizionato la genesi, si sia ormai oggi definitivamente da essa «emancipata»¹²¹.

re il concetto di *possessio* come esercizio di fatto del diritto di proprietà, perché ancora in epoca classica non era stato elaborato un concetto di diritto di proprietà separato dalla cosa: la proprietà non era considerata propriamente un diritto, ma era vista coincidere con la stessa *res*». Così si esprime P. Lambrini, *La natura del possesso nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, vol. 1, *I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, ESI, Napoli 2014, pp. 415-424 (cfr. in particolare p. 417), la quale al tema della *possessio* ha dedicato ampi studi, fra cui: P. Lambrini, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Cedam, Padova 1998; Id., *Capacità naturale e acquisto del possesso*, in *Index*, 27 (1999), pp. 317-332; Id., *La teoria dei rapporti possessori nella riflessione di Giorgio La Pira*, in *Index*, 34 (2006), pp. 191-200. L'Autrice, inoltre, sottolinea come per i giuristi romani il possesso non fosse «l'immagine esteriore di un diritto, ma piuttosto un semplice rapporto materiale con una cosa» (Id., *La natura del possesso nel diritto romano classico*, cit., p. 420). Quest'ultimo aspetto, ai nostri fini, consente di escludere che il possesso per l'esperienza giuridica antica – e *a fortiori* rispetto a quanto già illustrato per quella moderna – fosse considerato espressione di un fenomeno di apparenza giuridica.

¹¹⁸ È noto, infatti, che le azioni individuate a tutela del possesso sono diverse rispetto a quelle poste a tutela del diritto di proprietà. A fronte delle classiche azioni petitorie (fra le quali, accanto alla fondamentale azione di rivendicazione si pongono anche l'azione negatoria, l'azione di regolamento di confini e l'azione di apposizione di termini: artt. 948-951 c.c.), il possesso riceve protezione attraverso rimedi, maggiormente snelli e duttili, proprio in quanto non presuppongono la prova della titolarità del diritto reale. Tali strumenti, normalmente qualificati complessivamente come 'azioni possessorie', sono individuati dal legislatore in base al tipo di lesione subita. Così, in caso spoglio 'violento' e 'clandestino' potrà essere esperita l'azione di reintegrazione (art. 1168 c.c.), mentre in caso di spoglio cosiddetto 'semplificativo', ossia non connotato da violenza e clandestinità, nonché nel caso in cui il pacifico esercizio del possesso sia minacciato da turbative e molestie, potrà farsi luogo all'azione di manutenzione (art. 1170 c.c.).

¹¹⁹ È di nuovo A. Falzea, s.v. *Apparenza*, cit., p. 688 ad osservare che «la tutela del possesso si estrinseca in effetti giuridici diversi da quelli del correlativo diritto reale».

¹²⁰ Il giudizio *tranchant* è ancora di Angela Falzea (*ibid.*).

¹²¹ L'opinione è di N. Imarisio, *L'apparenza del diritto*, cit., p. 12, la quale così si esprime: «la teoria dell'apparenza si è emancipata dalla tematica del possesso, che pure [...] tanto ha influito sulla sua origine, specialmente in area tedesca».

5. Osservazioni conclusive sull'*apparentia* come preludio alla nostra ricerca

Conclusa questa ricognizione in ordine al principio di apparenza del diritto, imprescindibile ai fini della ricerca che si intende compiere, è giunto il momento di procedere alla fase successiva, nella quale cercheremo di indagare se rispetto al fenomeno fin qui descritto possa individuarsi un antecedente storico nell'ordinamento giuridico di Roma antica.

Come già abbiamo ritenuto opportuno precisare, l'intenzione non è – e non potrebbe certo essere, pena scendere in banali parallelismi, tanto facili quanto falsanti – quella di affermare l'esistenza nell'ambito del diritto romano di un principio di apparenza giuridica analogo a quello moderno. Piuttosto, si cercherà di vagliare l'eventuale presenza di fenomeni o istituti che con lo stesso possano condividere l'essenza, in quanto ispirati almeno in parte ad una *eadem ratio*. Questo è il motivo per cui abbiamo ritenuto necessario insistere nelle pagine precedenti sul fondamento e sulla funzione del principio in esame, intrinsecamente legati – come abbiamo avuto modo di sottolineare – ai principi della buona fede e del legittimo affidamento.

Sulla base di queste premesse, il percorso che proponiamo di seguire ci porterà a ripercorrere le linee fondamentali di alcuni istituti che ci pare possano costituire indici di una tendenza univoca dell'ordinamento romano: un'inclinazione volta, da un lato, a valicare i confini (talvolta eccessivamente stretti e finanche angusti) del sistema di *ius civile vetus*¹²²; dall'altro, a riconoscere rilevanza giuridica, sebbene con esiti eterogenei, a taluni fenomeni che – per riprendere la dialettica 'fatto-diritto' che accompagnerà tutto il nostro lavoro – in sé considerati non avrebbero dovuto trovare cittadinanza nel mondo del *ius*, appartenendo piuttosto a quello del mero *factum*.

Con questo obiettivo, cercheremo allora di partire dagli istituti che oggi costituiscono manifestazioni acclamate del principio dell'*apparentia iuris*, per valutare se rispetto ad essi possa rinvenirsi nel contesto del diritto romano una forma (per così dire) di 'precedente'.

Funzionale rispetto a tale ricerca è stata la ricognizione, per quanto sintetica, in ordine alle fattispecie legislative e giurisprudenziali di apparenza del diritto, tra le quali abbiamo scelto di soffermarci su quelle che riteniamo possano presentare mar-

¹²² Con l'espressione '*ius civile vetus*' intendiamo riferirci al nucleo più antico del diritto romano, le cui fonti erano rappresentate principalmente da: i *mores maiorum* del diritto quiritario (*ius Quiritium*); le leggi delle XII tavole (*duodecim tabularum leges*) e le *leges regiae* (cosiddetto *ius legitimus vetus*); nonché l'attività interpretativa (*interpretatio prudentium*), originariamente appannaggio esclusivo dei *pontifices*, in proseguo di tempo esercitata dai giuristi laici (*prudentes*), la cui attività, peraltro, non si risolveva in una mera interpretazione del diritto, concretandosi spesso in un'attività di tipo creativo e contribuendo così in misura determinante al processo evolutivo del sistema giuridico romano. Alla terminologia '*ius civile vetus*' la dottrina (cfr. in particolare Antonio Guarino) contrappone quella, speculare, '*ius civile novum*', definito da G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, cit., p. 558 come «quel diritto civile che consiste in un mero rivestimento formale di istituti pretori». Tale è, infatti, la denominazione con cui vengono indicati i nuovi istituti civilistici di matrice pretoria, ossia creati attraverso l'attività giurisdizionale del pretore urbano, che concesse l'applicazione anche ai cittadini romani di una serie di nuovi rapporti per lo più di tipo commerciale – poi individuati col termine *ius gentium* – originariamente non contemplati dal *ius civile vetus* e tutelati dal pretore peregrino nell'ambito delle relazioni tra cittadini romani e stranieri.

gini di condivisione con l'ordinamento romano, trattandosi di istituti ad esso non estranei. Fra questi, in particolare, soffermeremo la nostra attenzione *in primis* sull'erede apparente, osservandolo in rapporto ad una figura in cui gli interpreti hanno reputato in passato di rinvenire un antecedente storico, quale il *possessor pro herede*; dopodiché concentreremo l'analisi su altre due ipotesi di apparenza su cui, oggi come nel mondo romano, si è focalizzato l'interesse della dottrina, quali il creditore apparente e il rappresentante apparente (o, secondo la dizione latina, il *falsus creditor* e il *falsus procurator*). Infine, il nostro discorso sposterà il proprio baricentro su un ambito di studio a prima vista diverso, prendendo in considerazione ulteriori rapporti di fatto, quali le relazioni familiari diverse dal *matrimonium iustum*. Queste ultime, pur non costituendo *stricto sensu* forme di apparenza giuridica, a nostro avviso con essa condividono la logica di base, dal momento che i casi in cui l'ordinamento riconosce alle stesse rilievo giuridico risultano animati e originati da esigenze equitative, ispirate ai superiori canoni di certezza del diritto, razionalità giuridica e giustizia sostanziale, che rappresentano la matrice dei principi del legittimo affidamento e della buona fede su cui la teoria dell'apparenza è fondata.

Capitolo II

L'apparenza del diritto nelle successioni *mortis causa*: erede apparente, *possessor pro herede* e *possessor pro possessore*

SOMMARIO: 1. L'erede apparente nel sistema giuridico italiano. – 1.1 L'apparenza ereditaria nel codice civile: l'articolo 534 e l'erede apparente. – 1.2 L'erede apparente e la legittimazione all'azione di petizione dell'eredità. – 2. La ricerca di un antecedente storico: il *possessor pro herede* nel diritto romano. – 2.1 Istituti moderni e antichi a confronto: apparenza ereditaria e *possessio pro herede*. – 2.2 *Possessor pro herede* e *possessor pro possessore* nelle fonti dei giuristi romani: la testimonianza di Gaio. – 2.3 La critica alla presunta derivazione dell'erede apparente dal *possessor pro herede*. – 2.4 L'erede apparente e il *possessor pro possessore*. – 3. *Possessor pro herede* e *possessor pro possessore* nella definizione di Ulpiano. – 3.1 La definizione ulpiana di *possessor pro herede*. – 3.2 La definizione ulpiana di *possessor pro possessore*. – 4. L'estensione della *petitio hereditatis* nelle ipotesi di trasferimento dal *possessor pro herede* e dal *possessor pro possessore*. – 5. Altre ipotesi di 'apparenti' *possessores* con riferimento alla *petitio hereditatis*. – 6. *Possessio pro herede* e altri istituti 'fattuali' in ambito ereditario: l'*usucapio pro herede*. – 6.1 L'*usucapio pro herede*: requisiti, condizioni ed effetti. – 6.2 L'*usucapio pro herede*: *ratio* originaria e sua evoluzione nel mutato contesto storico. – 7. Osservazioni conclusive in ordine a *possessor pro herede* ed erede apparente: una parziale affinità.

1. L'erede apparente nel sistema giuridico italiano

1.1 L'apparenza ereditaria nel codice civile: l'articolo 534 e l'erede apparente

Come anticipato nel capitolo introduttivo, un primo ambito in cui trova manifestazione l'apparenza del diritto è quello delle successioni *mortis causa*. In particolare, viene in rilievo l'istituto oggi noto come 'apparenza ereditaria', che sotto il profilo soggettivo chiama in causa la figura del cosiddetto 'erede apparente'¹.

¹ Per alcuni riferimenti bibliografici essenziali in tema di erede apparente, si vedano: G. Brunetti, *Il diritto romano nella giurisprudenza: l'erede apparente (art. 933 Cod. civ. it.)*, Tipografia Alfonso Garagnani e figli, Bologna 1895, estr. da *AG*, 55 (1895), pp. 116-160; F. D. Busnelli, *s.v. Erede apparente*, in *Enc. dir.*, vol. 15, Giuffrè, Milano 1966, pp. 198-208; M. Colombatto, *s.v. Erede apparente*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 7, Utet, Torino 1991, pp. 508-510; A. De Berardinis, *La concezione giuridica dell'erede apparente nel codice civile italiano (contributo all'interpretazione dell'art. 933)*, in *AG*, 73 (1904), pp. 247-304; G. Galli, *Il problema dell'erede apparente*, Giuffrè, Milano 1971; R. Tardivo,

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Merita fin da subito rilevare che nella legislazione italiana moderna non è rinvenibile una definizione di 'erede apparente': non esiste, infatti, nel nostro codice civile una disposizione ad esso dedicata, né tale terminologia è presente nella rubrica di alcuno degli articoli. Nonostante ciò, tale figura viene – per così dire – supposta e data quasi per scontata, in quanto compare in maniera fugace in due articoli, i quali citano l'erede apparente, pur senza preoccuparsi di definirne la sostanza.

Tale atteggiamento non può interpretarsi come una mera svista del legislatore, scarsamente verosimile e difficilmente giustificabile. Piuttosto può ritenersi, come evidenziato dalla dottrina, che tale omissione sia del tutto consapevole e che si giustifichi col fatto che 'erede apparente' è espressione in sé sintomatica del fenomeno, che pertanto non necessiterebbe di ulteriori spiegazioni.

Volendo comunque individuare una definizione che, per quanto semplice, consenta quantomeno di inquadrare il fenomeno, può dirsi che 'erede apparente' è colui che circostanze obiettive indicano come successore del *de cuius* mentre in realtà tale non è: per utilizzare una formula sintetica, si può dire che è colui che, pur non essendo erede, si atteggia come tale. In sostanza, l'erede apparente è un soggetto che, alla morte di una persona, si comporta come se fosse il successore universale, pur senza rivestire tale qualifica: agisce, cioè, come se l'eredità gli fosse stata devoluta e fosse stata da lui acquistata, ingenerando così nei terzi la convinzione di essere il legittimo erede del *de cuius*².

L'erede apparente, Cedam, Padova 1932; A. Tartufari, *Del possesso qual titolo di diritti*, 2. *Del possesso qual titolo apparente universale*, rubr. I, *Qual sia l'erede apparente*, Fratelli Bocca, Torino 1878. Infine, per un'analisi dell'apparenza ereditaria nel contesto europeo, alla luce della riforma attuata dal Regolamento (UE) n. 650/2012, si segnala il saggio di S. Meucci, *Apparenza e presunzione della qualità di erede nel Certificato Successorio Europeo*, in *Pers. merc.*, 3 (2016), pp. 103-115.

² Ci limitiamo a ricordare che l'apparenza può riguardare non solo la posizione di erede, ma anche quella di legatario. Posto che l'art. 534 c.c. contempla soltanto gli acquisti dall'erede apparente e stante la diversità ontologica tra i due tipi di successioni (a titolo universale l'erede, a titolo particolare il legatario) occorre chiedersi quale sia la sorte dei diritti acquistati dai terzi dal 'legatario apparente', ossia colui che, pur non ricoprendo tale qualifica, sia apparso agli occhi esterni come legatario. A riguardo si rileva che secondo un orientamento dottrinale [F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 1972, p. 673; L. Ferri e P. Zanelli, *Della trascrizione immobiliare (art. 2643-2682)*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di), *Comm. Cod. civ.*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma 1995³, p. 227] sarebbe possibile estendere in via analogica l'art. 534 c.c. anche all'acquisto dal legatario apparente: ciò in quanto, da un lato, sussisterebbe un'evidente analogia rispetto all'ipotesi dell'acquisto dall'erede apparente; dall'altro, perché l'art. 2652 n. 7 c.c. detta una disciplina analoga per ambedue i casi. In particolare, l'art. 2652 c.c. prevede al n. 7 l'obbligo di trascrivere – qualora riferite ai diritti menzionati nell'articolo 2643 – le domande giudiziali «con le quali si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte. Salvo quanto è disposto dal secondo e dal terzo comma dell'articolo 534, se la trascrizione della domanda è eseguita dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'acquisto, la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i terzi di buona fede che, in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda, hanno a qualunque titolo acquistato diritti da chi appare erede o legatario». Tuttavia, i requisiti richiesti per l'operatività di quest'ultimo articolo sono in verità diversi rispetto ai presupposti dell'art. 534 c.c. e dunque non consentono di parificare completamente le due fattispecie, che occorre invece mantenere distinte. Gli articoli 534 e 2652 n. 7 si differenziano sotto più profili: anzitutto per l'ambito di tutela, in quanto il secondo introduce (rispetto al primo) una protezione aggiuntiva, riguardando anche gli acquisti effettuati a titolo gratuito, laddove l'art. 534 c.c. richiede invece per la sua applicazione che si tratti di atti compiuti a titolo oneroso. Tale tutela è però subordinata al rispetto del termine quinquennale tra la trascrizione del titolo e la trascrizione della domanda giudiziale con cui viene contestato l'acquisto del terzo. L'ulteriore distinzione riguarda il re-

Occorre fin d'ora precisare che l'erede apparente non è necessariamente il possessore della massa ereditaria. La veste di erede, se il più delle volte è conseguenza della materiale disponibilità dei beni, tuttavia non presuppone necessariamente tale condizione. L'apparenza ereditaria non postula il possesso, ma si fonda più genericamente su una situazione idonea ad ingenerare nei terzi la ragionevole opinione di essere di fronte all'erede effettivo. Ciò che conta, dunque, non è tanto la situazione di materiale disponibilità delle *res* formanti oggetto dell'asse ereditario, quanto il contegno concretamente assunto dal sedicente erede e il suo manifestarsi come tale agli occhi dei terzi.

Naturalmente un comportamento dell'erede apparente, singolarmente e isolatamente considerato, non incontra alcun interesse giuridico se non in quanto esso coinvolga altri soggetti. In questo caso, infatti, allorquando siano posti in essere negozi giuridici che coinvolgano i diritti di terzi o siano anche indirettamente idonei a lederne gli interessi, è chiaro che l'ordinamento non potrà disinteressarsi del fenomeno, ma dovrà preoccuparsi di individuarne il trattamento giuridico e disciplinarne gli effetti. In quest'ordine di idee si pone il nostro codice, il quale contempla non la figura dell'erede apparente in quanto tale, ma gli atti da questo conclusi che coinvolgano ulteriori soggetti. Così, da un lato e *in primis*, esso prende in considerazione la posizione dell'erede vero (che si trovi davanti ad un soggetto che, senza esserlo, vanta a sua volta il titolo di erede) consentendogli di esperire anche nei suoi confronti gli ordinari mezzi a tutela dell'eredità. In particolare, l'articolo 534 del codice civile consente all'erede di esercitare l'azione di petizione dell'eredità contro chi possiede a titolo di erede o senza titolo. Dall'altro lato, contempla la posizione dei terzi che abbiano concluso negozi con l'erede apparente, i quali potrebbero subire un danno nel momento in cui con tali negozi siano stati trasferiti diritti di cui l'alienante non era titolato a disporre. Ciò avviene con particolare riferimento alle ipotesi di acquisto a titolo oneroso, in quanto tali soggetti, a fronte di un esborso economico, rischierebbero di vedersi privati in un secondo momento anche del bene rivendicato dal reale proprietario, ossia l'erede vero. Per questo motivo, in presenza di determinati presupposti, primo fra tutti la buona fede dei terzi contraenti, i quali abbiano creduto senza colpa di aver intrattenuto rapporti con un soggetto che era (e non semplicemente appariva) erede, il codice accorda la possibilità agli acquirenti dall'erede apparente di salvare il proprio acquisto³.

La scelta del nostro legislatore di tutelare, al ricorrere di precise condizioni, l'apparenza ereditaria, è evidentemente espressione di un regime eccezionale e trova giustificazione nell'oggettiva difficoltà di verificare *ex ante* l'effettiva qualità di erede di un soggetto che si presenti e agisca come tale. L'obiettivo è, dunque, quello di apprestare tutela in una serie di situazioni in cui sarebbe estremamente difficile procedere all'accertamento del titolo ereditario, il quale può dipendere da aspetti di gran

quisito della buona fede dell'avente causa, che nel caso dell'art. 2652 n. 7 c.c. segue il principio generale dell'art. 1147 c.c. e dunque è presunta, mentre nel caso dell'art. 534 c.c. se ne discosta, incombendo il relativo onere della prova in capo al terzo.

³ Per completezza è solo il caso di accennare che, allorquando l'acquisto abbia avuto ad oggetto beni immobili o beni mobili registrati, tale disciplina deve naturalmente essere coordinata e completata con la normativa in tema di trascrizione.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica lunga più complessi rispetto a quanto avvenga per gli acquisti a titolo derivativo che sono la conseguenza di atti *inter vivos*.

1.2 L'erede apparente e la legittimazione all'azione di petizione dell'eredità

Nel nostro ordinamento la disciplina relativa all'erede apparente emerge con riferimento all'eventualità in cui l'erede vero eserciti l'azione di petizione dell'eredità, ossia il mezzo processuale attraverso cui colui che afferma di essere erede può domandare l'accertamento del proprio *status* al fine di vedersi riconosciuti i diritti che da esso conseguono, paralizzando le pretese altrui. Si tratta di un'azione di natura reale che, in ossequio al principio '*semel heres semper heres*'⁴, è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione rispetto ai singoli beni. L'erede, una volta accettata l'eredità, può chiedere attraverso l'azione di petizione ereditaria il riconoscimento della sua qualità contro chiunque possieda, anche solo in parte, i beni ereditari a titolo di erede (*possessio pro herede*) o senza titolo alcuno (*possessio pro possessore*), ovvero contro i loro aventi causa (art. 534 c.c.), allo scopo di ottenere la restituzione dei beni medesimi.

Per quanto concerne le conseguenze derivanti dall'azione di petizione dell'eredità, la relativa sentenza produce effetti sia dichiarativi sia di condanna. In particolare, qualora la *petitio hereditatis* venga accolta, da un lato all'attore è riconosciuta la qualità di erede vantata, dall'altro il convenuto è condannato alla restituzione dei beni ereditari illegittimamente tratti; quest'ultimo effetto, peraltro, si produce a prescindere dal suo stato di buona o di mala fede, la quale rileverà unicamente con riferimento alla disciplina relativa a frutti, spese, miglioramenti e addizioni⁵.

Quanto ai presupposti dell'azione, questa può essere esercitata dal soggetto che si ritiene⁶ erede e che abbia accettato l'eredità, al fine di recuperare beni appartenenti all'asse ereditario⁷. Ciò, in base al nostro codice, può avvenire quando tali beni

⁴ Il noto aforisma, ancora oggi utilizzato per esprimere l'irrevocabilità dello *status* di erede – per cui non è possibile rinunciare all'eredità una volta accettata – è ricavato dalle affermazioni dei giuristi romani. Si vedano, in particolare, D. 4.4.7.10 (Ulp. 11 *ad ed.*) e D. 28.5.89 (Gai. *l. sing. de cas.*), che si chiudono rispettivamente con le parole: «*sine dubio heres manebit, qui semel extitit*» (Ulpiano) e «*qui semel heres extitit desinat heres esse*» (Gaio).

⁵ In tal caso si applicano le disposizioni dettate in tema di possesso per quanto attiene alla restituzione dei frutti, alle spese, ai miglioramenti e addizioni a norma dell'articolo 535 comma 1 c.c., tenuto conto della buona o mala fede del possessore.

⁶ Si è utilizzata l'espressione 'ritenersi erede' e non 'essere erede', in quanto l'azione di petizione ereditaria è originata proprio da una contestazione intorno a tale *status*. La qualità di erede deve costituire *res litigiosa* tra le parti e, in quanto tale, formerà oggetto di accertamento in sede processuale: solo in esito a tale verifica il giudice dichiarerà con sentenza chi è erede, ossia chi è titolato ad acquistare l'eredità.

⁷ Evidenti risultano essere le assonanze tra l'azione di petizione ereditaria e l'azione di rivendicazione, diretta alla restituzione del bene in forza dell'accertamento del diritto di proprietà del rivendicante. L'azione di petizione ereditaria, però, mira ad accertare non il diritto di proprietà dell'erede sui beni di cui si richieda la restituzione, bensì la qualità di erede in capo all'attore e l'appartenenza dei beni all'asse ereditario. L'azione pertanto, come autorevolmente sostenuto (Schlesinger), mira ad assicurare all'erede il ripristino della stessa situazione in cui *de facto* si trovava il *de cuius* rispetto a tutti beni che al momento della morte erano nella sua disponibilità. Ne deriva che se il possessore allega un titolo particolare non implicante l'attribuzione della sua qualità di erede, affermando ad esempio di aver acquista-

siano posseduti da un soggetto che affermi, in buona o in mala fede, di essere erede; o, in alternativa, quando un soggetto li possiede senza alcun titolo (cosiddetto ‘usurpatore di beni ereditari’).

Al fine di meglio tutelare la posizione dell’erede, che potrebbe essere pregiudicata da successivi trasferimenti del patrimonio del *de cuius*, il nostro codice consente, inoltre, di esperire l’azione di petizione dell’eredità anche contro i terzi aventi causa da chi possiede, a titolo di erede o senza titolo, i beni ereditari o parte di essi (art. 534 comma 1 c.c.).

Tale estensione, peraltro, subisce un temperamento volto a salvaguardare i diritti dei terzi che abbiano acquistato dall’erede apparente. In particolare, la legge appresta una particolare tutela nei confronti dell’avente causa che abbia acquistato, a titolo oneroso e in buona fede, beni dal cosiddetto ‘erede apparente’; in tal caso l’ordinamento (art. 534 comma 2 c.c.) fa salvo l’acquisto del terzo, che altrimenti risulterebbe ingiustamente pregiudicato⁸.

La salvezza dell’acquisto dall’erede apparente è, tuttavia, subordinata al ricorrere di determinate condizioni: una oggettiva, che riguarda il tipo di negozio posto in essere, ed una soggettiva, che concerne la condizione del terzo.

In primo luogo, sul piano oggettivo, deve essere intervenuto un sacrificio economico da parte dell’acquirente: il codice richiede, infatti, che l’acquisto sia avvenuto sulla base di una convenzione a titolo oneroso⁹, con conseguente esclusione di ogni acquisto effettuato gratuitamente, cioè senza un corrispondente esborso da parte del terzo. Ciò si spiega in quanto, nell’individuare il bilanciamento tra i contrapposti interessi dell’erede vero e dell’avente causa dall’erede apparente, l’ordinamento decide che la tutela del primo debba essere subordinata esclusivamente all’interesse di chi dall’eventuale inopponibilità dell’acquisto riceverebbe un danno, e non anche a quello di un soggetto – come colui che acquisti a titolo gratuito dall’erede apparente – che ne riceverebbe soltanto un mancato arricchimento.

In secondo luogo, sotto il profilo soggettivo, l’acquirente dall’erede apparente deve aver contratto in buona fede. In questo caso, peraltro, a differenza di quanto avviene normalmente, la buona fede non è presunta, ma deve essere provata: infatti,

to il bene dal *de cuius* attraverso un atto *inter vivos*, non essendo in alcun modo in contestazione la qualità di erede, si dovrà agire con la normale azione di rivendicazione.

⁸ A tali condizioni si aggiunge, quale presupposto di base, la natura mobiliare dei beni. La regola citata vale infatti solo quando oggetto dell’acquisto siano beni mobili non iscritti in pubblici registri. Ove l’acquisto del terzo abbia ad oggetto beni immobili o mobili registrati esso sarà, invece, soggetto al regime generale di opponibilità derivante dalla trascrizione: così, per i beni immobili e i mobili registrati, affinché l’acquisto del terzo in buona fede sia fatto salvo, è necessario che sia trascritto anteriormente all’acquisto del vero erede (art. 2648 c.c.) o alla domanda giudiziale (eventualmente anche la petizione di eredità proposta da questo contro l’erede apparente). Al contrario, se l’acquisto dall’erede apparente non è trascritto anteriormente alla trascrizione dell’acquisto da parte dell’erede o legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l’erede apparente, l’acquisto del vero erede dovrà necessariamente prevalere.

⁹ Rientrano tra le convenzioni a titolo oneroso sia i negozi traslativi del diritto di proprietà dei beni ereditari sia quelli costitutivi di diritti reali di godimento o di garanzia.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

in deroga alla regola generale dell'articolo 1147 comma 3 c.c.¹⁰, in base alla quale la buona fede si presume, l'articolo 534 c.c.¹¹ pone in capo al terzo l'onere di dimostrare il proprio stato soggettivo.

Alla luce di tale disciplina, può risolversi anche la questione relativa alla natura giuridica dell'acquisto dall'erede apparente. Secondo l'impostazione dottrinale prevalente si tratterebbe di un'ipotesi di acquisto *a non domino*, che, in quanto espressione dell'*apparentia iuris*, sarebbe in grado di derogare al principio secondo il quale un soggetto non può legittimamente trasferire un bene di cui non sia proprietario¹².

Per quanto concerne, invece, la posizione dell'erede apparente, quest'ultimo qualora sia di buona fede – la quale, tuttavia, non giova se l'errore dipende da colpa grave – è tenuto a restituire all'erede effettivo il prezzo o il corrispettivo ricevuto; mentre, se di mala fede, è obbligato a recuperare la cosa alienata per restituirla in natura o a pagarne il relativo valore¹³.

¹⁰ Il possesso di buona fede è così definito dall'art. 1147 c.c.: «È possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. / La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. La buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto».

¹¹ Cfr. anche l'analoga regola di cui all'art. 1189 c.c. con riferimento al pagamento al creditore apparente, per il quale si rinvia al capitolo 3, ad esso dedicato.

¹² Si veda il noto brocardo «*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*», che sancisce uno dei più importanti principi del nostro ordinamento civilistico, secondo cui non è possibile trasferire ad altri un diritto che non si ha o un diritto più ampio rispetto a quello di cui si è titolari. Il principio, come spesso accade, è stato ereditato dal diritto romano: la sua paternità è da attribuire al giurista Ulpiano, il quale lo enuncia in un brano del suo commentario all'editto, riportato dai compilatori giustiniane nel cinquantesimo ed ultimo libro del *Digesto*, che raccoglie i frammenti afferenti alle *regulae iuris* [D. 50.17.54 (Ulp. 46 *ad ed.*)]. In base a tale *regula*, vigente anche negli ordinamenti moderni, in caso di acquisto della proprietà o di altro diritto soggettivo a titolo derivativo, il dante causa può trasferire al suo avente causa soltanto un diritto pari a quello di cui è attualmente titolare. Una cessione che violasse tale limite sarebbe al contrario del tutto invalida, non potendo il *tradens* disporre di ciò che non gli spetta. Posto il principio, è necessario tuttavia precisare che esso, come ogni regola generale, incontra alcune eccezioni: non è applicabile, per esempio, in caso di acquisto a titolo originario, mancando la trasmissione del diritto da un soggetto all'altro. Inoltre, anche nel caso di acquisto a titolo derivativo sono possibili deroghe, laddove necessarie al fine di tutelare e dare preferenza ad ulteriori principi che, nel bilanciamento con quello in esame, devono prevalere, come il legittimo affidamento dell'acquirente. È quanto avviene, per esempio, per i casi che rientrano nella regola del cosiddetto 'possesso vale titolo', ossia le ipotesi in cui un soggetto in buona fede può acquistare la proprietà per effetto della trasmissione del possesso in base ad un titolo astrattamente idoneo, anche se il *tradens* non era l'effettivo proprietario del bene trasferito (acquisto *a non domino*). Per approfondimenti in merito al principio citato si veda lo scritto di A. Salomone, *Intorno alla regola 'nemo plus iuris' (D. 50.17.54 Ulp. 46 ad ed.)*, in *TSDP* 10 (2017); si confrontino, inoltre, U. Albanese, *Massime, enunciazioni e formule giuridiche latine*, Hoepli, Milano 1993, p. 246; L. De Mauri, *Regulae juris*, cit., p. 19.

¹³ Art. 535 c.c. – *Possessore di beni ereditari*: «Le disposizioni in materia di possesso si applicano anche al possessore di beni ereditari, per quanto riguarda la restituzione dei frutti, le spese, i miglioramenti e le addizioni. / Il possessore in buona fede, che ha alienato pure in buona fede una cosa dell'eredità, è solo obbligato a restituire all'erede il prezzo o il corrispettivo ricevuto. Se il prezzo o il corrispettivo è ancora dovuto, l'erede subentra nel diritto di conseguirlo. / È possessore in buona fede colui che ha acquistato il possesso dei beni ereditari, ritenendo per errore di essere erede. La buona fede non giova se l'errore dipende da colpa grave».

2. La ricerca di un antecedente storico: il *possessor pro herede* nel diritto romano

2.1 Istituti moderni e antichi a confronto: apparenza ereditaria e *possessio pro herede*

Avendo ricordato, seppur sinteticamente, il regime dell'apparenza ereditaria così come delineato dal nostro codice civile, possiamo adesso volgere lo sguardo al passato, per cercare di individuare, tra gli istituti propri del diritto romano, tracce di fenomeni analoghi o assimilabili a quelli appena descritti.

Rispetto a tale domanda, la risposta generalmente offerta dalla dottrina¹⁴ che si è occupata dell'apparenza giuridica è che la figura dell'erede apparente avrebbe come suo antecedente storico nel diritto romano il *possessor hereditatis pro herede*¹⁵. Occorre, però, fin d'ora avvisare che tale prospettiva non è universalmente condivisa, quantomeno nel suo valore assoluto. Se questo è certamente l'assunto di partenza, sono tuttavia necessarie alcune precisazioni, che riguardano l'estensione dei due istituti (moderno e antico) tra i quali a ben vedere la sovrapposibilità non è perfetta e totale. Come subito cercheremo di chiarire, il concetto di *possessor pro herede* potrebbe infatti risultare – secondo le osservazioni che negli anni la dottrina ha formulato – da un lato eccessivamente ampio, dall'altro troppo stretto rispetto al fenomeno modernamente conosciuto come 'erede apparente'.

Sotto il primo profilo, l'espressione 'erede apparente' diverge dal più lato concetto di '*possessor pro herede*', col quale le fonti romane identificano non soltanto colui che possiede i beni ereditari pur non potendo vantare il titolo di erede, ma anche colui che sia effettivamente erede. A riguardo è stata messa in luce la complessità del fenomeno qualificato nelle fonti come '*possessio pro herede*', terminologia

¹⁴ G. Brunetti, *Il diritto romano nella giurisprudenza: l'erede apparente*, cit., p. 126: «Se vogliamo confrontare la terminologia moderna con quella antica, dobbiamo dire [...] che l'erede apparente del Codice civile italiano corrisponde al *possessor hereditatis pro herede* delle fonti romane»; p. 127: «[...] il legislatore italiano quando usava l'espressione erede apparente nell'art. 933, aveva proprio in mente il *possessor pro herede* del diritto romano, e non altro. Questo, secondo noi, è indubitato».

¹⁵ Per l'analisi manualistica dei concetti di *possessor pro herede* e *possessor pro possessore*, per lo più trattati, seppur con diversi livelli di approfondimento, nell'ambito della legittimazione passiva all'azione di petizione dell'eredità (*hereditatis petitio*), si vedano: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli 1978 (ripr. dell'ed. Jovene, Napoli 1968¹⁴), pp. 560 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, in G. Bonfante e G. Crifò (a cura di), *Opere complete di Pietro Bonfante*, vol. 10, Giuffrè, Milano 1987 (rist. corr. dell'ed. Giappichelli, Torino 1946¹⁰), pp. 466 ss.; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 692 ss. (già in A. Burdese, *Gli istituti del diritto privato romano*, Utet, Torino 1962, pp. 654 ss.); G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, Giappichelli, Torino 2011⁴, pp. 244 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli 2001¹², pp. 470 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo 1994², pp. 619 ss.; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, Libreria editrice Torre, Catania 2013⁶, pp. 501 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Piccin, Padova 1986, pp. 710 ss.; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 381 ss.; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, LED, Milano 2005², pp. 468 ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 703 ss.; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Edizioni Ricerche, Roma 1977, pp. 812 ss.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica univoca ma idonea a comprendere, accanto al possessore di beni ereditari, anche l'erede vero e proprio.

Allo stesso tempo, però, la medesima espressione '*possessor pro herede*' pare troppo angusta per identificare il concetto di erede apparente, nel cui novero, secondo parte della dottrina, dovrebbe includersi non soltanto il *possessor pro herede*, ma anche il diverso concetto di *possessor pro possessore*.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, tuttavia, non sussiste unanimità di vedute; anzi, l'opinione prevalente è dell'avviso che, volendo cercare un corrispettivo antico del moderno concetto di erede apparente, questo possa individuarsi soltanto nel *possessor pro herede*, dovendosi invece escludere una similitudine o una connessione con la diversa figura del *possessor pro possessore*, che con esso non avrebbe niente a che fare.

Per vagliare la portata e la fondatezza di quanto appena affermato è come sempre necessario confrontarsi direttamente con le fonti tramandateci dagli antichi giuristi, per provare a chiarire, attraverso le loro stesse parole, quale sia l'estensione e il reale significato delle suddette espressioni. Occorre dunque tornare nuovamente sulle figure del *possessor pro herede* e del *possessor pro possessore*, che finora abbiamo incontrato solo incidentalmente; è giunto adesso il momento di esaminarle in dettaglio, facendo diretto riferimento alle testimonianze che di esse si occupano.

2.2 Possessor pro herede e possessor pro possessore nelle fonti dei giuristi romani: la testimonianza di Gaio

Il primo autore col quale è opportuno confrontarci è il giurista Gaio, il quale nelle sue *Institutiones* prende in considerazione le figure del *possessor pro herede* e del *possessor pro possessore*, offrendoci i primi elementi utili per una loro definizione.

Per la verità, nel brano gaiano che subito vedremo le due figure vengono in rilievo non in quanto tali, ma con riferimento ad una situazione peculiare, che chiama in causa l'analisi del principale istituto a tutela del possesso, ossia l'interdetto. Nello specifico, il passo che qui si riporta prende in esame l'*interdictum adipiscendae possessionis causa*, ossia quel particolare interdetto che il pretore poteva concedere a coloro che intendessero acquistare il possesso di un bene per la prima volta (*nunc primum*), essendo invece precluso – come precisa Gaio – nel caso in cui si volesse recuperare un precedente possesso per varia causa perduto (*adeptus possessionem amiserit*). In quest'ultima ipotesi, infatti, il corretto strumento processuale utilizzabile sarebbe stato non l'*interdictum adipiscendae possessionis causa*, bensì quello *reciperandae possessionis causa*, configurato proprio per consentire il recupero della disponibilità di una *res* che si era già posseduta in passato.

Gai 4.144: *Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cuius principium est "Quorum bonorum"; eiusque vis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possidet dolove fecit, quo minus possideret, id ei, cui bonorum possessio data est, restitatur. Pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet. Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur, quia ei tantum utile est, qui*

nunc primum conatur adipisci rei possessionem; itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse.

Una prima lettura di questo passo non sembrerebbe offrirci troppi elementi utili ai fini della ricostruzione del nostro istituto. Come spesso avviene, infatti, la fonte non introduce le categorie sostanziali, le quali emergono non in quanto tali, ma in rapporto a concrete situazioni che appare opportuno o necessario risolvere. Il giurista qui non si preoccupa di definire i concetti astratti di *possessor pro possessore* e di *possessor pro herede* per puro vezzo erudito o per necessità classificatoria, ma più pragmaticamente al fine di chiarire la portata applicativa di un certo istituto – nel caso di specie l'*interdictum adipiscendae possessionis causa* – sia dal punto di vista oggettivo sia sotto il profilo soggettivo.

In particolare, il passo riferisce che tale interdetto apprestava una tutela al soggetto che avesse ottenuto la *bonorum possessio*, consentendogli di acquistare il possesso di quei beni che fossero in mano di colui che «*pro herede aut pro possessore possidet*». Il brano, però, non si ferma qui e subito dopo si premura di precisare quanto appena affermato, chiarendo la distinzione fra le due categorie soggettive citate. Così, anche se indirettamente, Gaio ci offre le definizioni a noi utili, spiegando anzitutto che con l'espressione «*pro herede [...] possidere*» si intende «*tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse*». Le parole di Gaio, dunque, non sembrano lasciare adito ad equivoci: possiede *pro herede* tanto chi 'è erede', quanto colui che 'reputa di essere erede'¹⁶.

Mettendo insieme quanto appena considerato con il nostro assunto di partenza – ossia che l'erede apparente ha come suo antecedente storico il *possessor pro herede* – la seconda parte del discorso di Gaio non desta alcuna perplessità: anzi, essa appare del tutto in linea col dato iniziale, in quanto conferma pienamente quanto cerchiamo di dimostrare. Abbiamo detto, infatti, che secondo la definizione moderna 'erede apparente' è colui che si comporta come erede, pur non essendo tale. Stando a Gaio, è qualificabile *possessor pro herede* colui che «*putat se heredem esse*». Pertanto, dire che l'erede apparente 'ritiene di essere erede', è quanto dire che in verità l'erede apparente 'erede non è'. Gaio avrebbe potuto dire 'ritiene erroneamente', ma sarebbe stata una precisazione del tutto superflua, tenuto conto che subito prima ha incluso nel medesimo concetto anche chi «*heres est*»: perciò, è oltremodo chiara la contrapposizione tra 'chi è' e 'chi reputa di essere', il quale *a contrario* e per forza di cose 'non è' (erede)¹⁷.

Se arrestassimo l'analisi a questa prima parte del discorso, senza prendere in considerazione il resto, non sussisterebbe alcuna contraddizione o divergenza tra il dato antico e quello moderno. Anzi, con soddisfazione di chi vuole ad ogni costo

¹⁶ S. Puliatti, *De cuius hereditate agitur*, cit., p. 172 traduce così le parole di Gaio: «si ritiene possedere come erede tanto chi è erede, quanto chi erede si considera».

¹⁷ L. Borsari, *Commentario del Codice civile italiano*, Utet, Torino 1972, p. 930: «Quello che dicevasi "possessor pro herede" riceve un appellativo più distinto in duplice modo; e perché scolpisce la differenza che vi ha fra lui e il vero erede, e perché esprime il suo carattere estrinseco, che produce illusione nei terzi. Con tale generica qualificazione si raffigura colui che ritiene i beni ereditari del possesso, poiché erede apparente è colui che tanto in buona quanto in mala fede ritiene la eredità».

armonizzare passato e presente, potrebbe affermarsi una certa continuità, in quanto «*qui se heredem esse putat*» può senz'altro farsi rientrare nel moderno concetto di 'erede apparente'.

Sennonché, come visto, la portata della definizione gaiana è ben più ampia e idonea a mettere in crisi ogni tentativo di affermare una perfetta corrispondenza. Gaio infatti, prima ancora di fare riferimento a 'colui che reputa di essere erede', afferma che *possessor pro herede* è anche «*qui heres est*». Tali parole suscitano, allora, stupore in coloro che leggano tale passo con l'idea di riscontrare un corrispondente del moderno concetto di erede apparente e che ambiscano ad individuare nelle fonti antiche le radici dei moderni istituti. Spesso, infatti, studiando il diritto del nostro tempo siamo affascinati dalla prospettiva di rinvenire nel passato un antecedente, più o meno fedele e preciso, che possa aiutarci a comprendere e a legittimare un certo istituto. Tuttavia, se solo si abbandona tale suggestione e si analizza il passo di Gaio in sé considerato e calato nel proprio contesto storico-giuridico, quella medesima affermazione acquisisce subito un diverso significato.

A ben vedere, la difficoltà di affermare una perfetta corrispondenza tra il concetto di erede apparente moderno e quello di *possessor pro herede* emerge già dalle stesse nomenclature dei due istituti: queste, pur facendo entrambe riferimento ad un soggetto che 'fa le veci' dell'erede (*pro*) e che dunque come tale 'appare' agli occhi dei terzi, sono tuttavia costruite grammaticalmente in modo differente. Per meglio precisare, mentre la nozione moderna orbita attorno al sostantivo 'erede', che rappresenta il concetto centrale da cui partire, quella romanistica di *possessor pro herede* utilizza il medesimo vocabolo '*heres*', ma in qualità di complemento, che va appunto a completare e a definire qualificandolo il concetto di *possessor*. Tale constatazione banale appare, peraltro, confermata dal fatto che nel brano riportato colui che possiede *pro herede* è contrapposto ad un diverso tipo di *possessor*, ossia quello *pro possessore*. Risulta chiaro, allora, che nella prospettiva antica – o per lo meno nel passo gaiano – ciò che interessa definire e differenziare sono le diverse tipologie di possessore. Ancora una volta, al giurista preme distinguere le due forme di possesso non per mera volontà classificatoria, ma al fine di individuare la disciplina applicabile. Il possesso, infatti, a seconda che sia *pro herede* o *pro possessore*, riceverà un diverso trattamento giuridico; ciò in quanto quella medesima signoria di fatto a cui afferiscono entrambe le situazioni (*possessio*) è qualificata soggettivamente in maniera diversa e, come tale, è destinataria di un proprio peculiare regime.

D'altra parte, quanto appena osservato risulta ancor più evidente se solo si legga il passo nel contesto in cui Gaio lo affronta. Il giurista, infatti, introduce l'argomento subito dopo aver parlato degli interdetti, che rappresentano il principale istituto predisposto dai pretori proprio per tutelare quelle situazioni fattuali corrispondenti al diritto di proprietà, le quali tuttavia non erano espressione di una proprietà civilisticamente intesa, ossia di un diritto riconosciuto e protetto dal sistema di *ius civile*. Tutta la definizione gaiana ruota quindi attorno al possesso¹⁸, che nel caso che a noi interessa è una *possessio pro herede*, cioè un possesso 'a titolo di erede', ossia 'in qualità di erede': un possesso posto in essere dal soggetto 'come se fosse erede'.

¹⁸ G. Galli, *Il problema dell'erede apparente*, Giuffrè, Milano 1971, p. 197.

Se così è, allora, si spiega agevolmente anche la circostanza che nella figura di *possessor pro herede* Gaio ricomprenda non solo chi ‘reputa di essere erede’ e di conseguenza possiede, ad esempio, il patrimonio del *de cuius* come se fosse il legittimo successore a titolo universale; ma, allo stesso modo, anche colui che ‘è realmente ed effettivamente erede’, il quale a maggior ragione e a pieno titolo possiede *pro herede* (cioè in qualità di erede), in quanto è il soggetto legittimato ad esercitare una signoria di fatto sui beni ereditari.

Diversamente, l’erede apparente moderno prende le mosse dal concetto di erede, che viene poi combinato con l’istituto dell’apparenza giuridica, di cui costituisce una delle principali manifestazioni. Nel contesto odierno, perciò, l’espressione ‘erede apparente’ richiama e individua colui che appare erede, colui che si comporta come successore universale del *de cuius* e come tale ingenera nei terzi il ragionevole convincimento di avere a che fare con un soggetto che è realmente subentrato *iure hereditario* al defunto. Ma tale concetto è, quantomeno nella sua portata astratta, del tutto sganciato dal possesso, che infatti non è richiesto per qualificare un soggetto come ‘erede apparente’. Semmai, il possesso potrà rilevare ai diversi fini della *petitio hereditatis*, che, laddove esercitata dall’erede contro chi possieda i beni ereditari ‘a titolo di erede’, necessariamente si dirige verso un ‘erede apparente possessore’, in quanto postula e presuppone la disponibilità materiale dei beni rivendicati da chi afferma di essere il vero successore.

2.3 La critica alla presunta derivazione dell’erede apparente dal *possessor pro herede*

Alla luce di quanto finora considerato, ci pare di poter concordare con coloro che criticano l’asserita derivazione del concetto di erede apparente da quello di *possessor pro herede*. Per quanto sia innegabile una certa vicinanza tra i due istituti, un’operazione tendente ad una piena omologazione risulterebbe erronea e rischierebbe di essere fuorviante, allontanando l’interprete dall’obiettivo che lo anima, ossia la corretta interpretazione del diritto, moderno o antico che sia.

Il ricorso alle categorie e ai concetti propri del diritto contemporaneo per spiegare istituti estranei al nostro ordinamento – e propri, invece, o del passato o dei sistemi vigenti e accolti in altri paesi – è un’operazione a ben vedere del tutto naturale e, in certo modo, comprensibile. Potremmo quasi dire che è un procedimento inconscio, che ciascuno di noi probabilmente ad una prima analisi è portato a compiere, per la naturale propensione a cercare nel mondo che ci circonda un qualcosa, per così dire, di familiare. Si tratta, volendo azzardare un paragone extragiuridico, di un fenomeno simile a quello che accade quando ci rechiamo all’estero o comunque ci allontaniamo dai nostri luoghi di frequentazione abituale: quale che sia il nostro desiderio o la nostra vocazione di indipendenza e di novità, possiamo esser certi che nel momento in cui ci imatteremo, anche per puro caso e involontariamente, in qualcosa che richiami il nostro paese (sia una bandiera, un locale, o semplicemente un passante che parla la nostra lingua), tale coincidenza non ci lascerà nostro malgrado indifferenti. Al contrario, con ogni probabilità susciterà in noi una reazione (sia pur un sorriso solo accennato), perché ci riporta, per un istante, a casa.

Tralasciando la retorica, tale fenomeno non è poi così distante da quello che anima il giurista, che inevitabilmente nell'interpretare il diritto di altri ordinamenti cerca un confronto con il proprio contesto di riferimento, nella speranza taciuta e ir-rivelata di poter spiegare istituti oscuri ricorrendo al paragone con quelli, ormai noti e ampiamente studiati, del proprio sistema.

Ma allora, se questa continua e inconscia ricerca di qualcosa di familiare, di qualcosa di conosciuto e a noi consustanziale, è un meccanismo del tutto naturale e automatico, ancor di più dobbiamo guardarci e stare all'erta. Perché, se non può escludersi che a volte costruire un parallelo tra istituti di diversi ordinamenti o di diverse epoche storiche sia operazione apprezzabile e finanche imprescindibile, è indubbio che in altri casi ciò rischia di portare ad un facile appiattimento sulle categorie moderne, che conduce a risultati sterili e incapaci di cogliere la reale essenza del fenomeno giuridico di volta in volta studiato.

Questo è il risultato distorto da cui tenta di mettere in guardia quella parte della dottrina che rifiuta con forza il paragone tra l'erede apparente moderno e il *possessor pro herede* delle fonti romane, definendo un simile accostamento alla stregua di un «discutibile apriorismo». Con tale forte espressione si vuole evidenziare che il ricorso diretto alle fonti romane per tentare di spiegare fenomeni e istituti propri della modernità giuridica nasconde un ineliminabile rischio, che è stato descritto, in modo assai evocativo, mediante una duplice immagine.

La prima, attraverso un rinvio al mondo della medicina e della chirurgia, qualifica tale tentativo alla stregua di un'operazione di trapianto di organi: la quale esige, per garantire un esito positivo e scongiurare il rischio di un eventuale «rigetto», una scrupolosa e imprescindibile analisi circa l'omogeneità tra la fisiologia del sistema donante e quella del ricevente, la cui eventuale incompatibilità precluderebbe inevitabilmente la buona riuscita dell'innesto¹⁹.

La seconda similitudine, invece, richiamando il mondo sartoriale, rileva come il *possessor pro herede* e l'erede apparente in verità vestirebbero «taglie» diverse, tanto che il secondo non potrebbe, senza un previo intervento di sapiente sartoria, indossare l'abito del primo²⁰.

Sulla base di tali presupposti è stata, quindi, sottolineata l'inutilità di una «adozione monca», cioè di un rinvio che, stante l'impossibilità di operare in via assoluta non può che essere relativo e parziale. Tale collegamento, oltre che improprio, appare insoddisfacente, in quanto inidoneo a realizzare lo scopo a cui ogni rinvio dovrebbe tendere: esso, infatti, dovrebbe agevolare il compito dell'interprete, che, per definire i connotati e delineare la disciplina di un certo istituto, può semplicemente

¹⁹ G. Galli, *Il problema dell'erede apparente*, cit., p. 195 ritiene che il ricorso alle fonti romane per spiegare la figura dell'erede apparente imponga un'indagine sugli elementi di struttura dell'istituto antico, «per verificare se quel "trapianto" non comporti dei meccanismi di "rigetto" da parte dell'ordinamento ricevente» e prosegue poi (ivi, p. 200): «il proposto "trapianto" – perché tra organi non omogenei – non serve; l'adozione è monca e, nello stesso tempo, insostenibile».

²⁰ La metafora è stata ideata sempre da Gianni Galli: ivi, p. 188: «se il *possessor pro herede* oltre a "is qui putat se heredem esse", è anche "is qui heres est" – ed è quindi lo stesso erede vero – è agevole dedurre che una differenza di taglie impedisce che la veste romana del *possessor pro herede* possa essere indossata senza correzione alcuna dall'erede apparente moderno».

fare riferimento ad un dato già esistente, così da ricavare in modo inferenziale ciò che è ignoto da quanto è invece già conosciuto. Sennonché, nel momento stesso in cui ci si rende conto che la sovrapposibilità tra i due elementi di confronto non è perfetta e, anzi, lascia ampio margine di sfasatura e di disallineamento, proprio in tale istante un siffatto tentativo di raffronto manifesta tutta la sua inadeguatezza e insufficienza: esso, infatti, può sopravvivere solo se debitamente corredato da una nuova definizione, che, andando a colmare le falle lasciate aperte, consenta un inquadramento completo dell'istituto. Se così è, allora – osserva la dottrina criticamente – quel rinvio, nel momento stesso in cui necessita di essere corredato di un'ulteriore definizione, perde ogni significato e, al contempo, si dissolve l'esigenza che ne aveva giustificato il ricorso²¹.

2.4 L'erede apparente e il *possessor pro possessore*

Se queste sono le principali critiche che sono state mosse rispetto all'affermazione di una perfetta corrispondenza tra l'istituto dell'erede apparente e quello del *possessor pro herede*, occorre adesso affrontare il secondo aspetto su cui si è in passato discusso: ossia la possibilità di far rientrare nel concetto moderno di erede apparente non solo il *possessor pro herede*, ma anche il *possessor pro possessore* delle fonti romane.

Sul punto parte della dottrina, nel definire l'erede apparente attraverso un confronto anche con gli istituti propri del diritto romano, non ha esitato ad effettuare un rinvio omnicomprendente ad entrambe le figure del *possessor pro herede* e del *possessor pro possessore*. I sostenitori di tale posizione argomentavano la loro teoria mediante diverse considerazioni, fondate principalmente sull'analisi dell'elemento soggettivo che accompagna la condizione dell'erede apparente. La loro ricostruzione si basava, in particolare, sulla circostanza che nel diritto odierno l'erede apparente è semplicemente qualificato in relazione all'apparenza dello *status* di erede, essendo al contrario irrilevante l'*animus* che accompagna tale condizione. In altre parole, tali autori sottolineavano che l'erede apparente moderno è definito tale in virtù del suo sembrare erede, al fatto di comportarsi come un erede vero e di apparire ai terzi come tale, così da determinare il loro convincimento circa l'effettiva sussistenza di detta qualifica, senza attribuire importanza allo stato soggettivo di buona o mala fede del medesimo. Sulla base di tale assunto, perciò, traevano come conseguenza del tutto ovvia e – a parer loro – indubitata che il cosiddetto 'erede apparente' non fosse altro che l'evoluzione moderna del *possessor pro herede* o *pro possessore* del diritto romano²².

²¹ Di nuovo il riferimento è a G. Galli, *Il problema dell'erede apparente*, cit., p. 200: «La natura di un qualcosa non può essere spiegata in termini di semplice rinvio ad un fenomeno, contemporaneamente precisando che quel rinvio non è totale, ma relativo. E, viceversa, quella recezione non soddisfa perché parziale: essa deturpa le dimensioni e gli aspetti dell'oggetto recepito. Nel momento stesso in cui tutto questo si verifica, il rinvio impone una nuova definizione, ed in se stesso non ha più senso alcuno».

²² A riguardo si veda quanto affermato da A. Maierini, *Studi intorno all'art. 933 del Codice civile*, in *La Legge*, 2/12 (1872), pp. 5-6; 14-17; 25-30; 49-55; 73-83 (cfr. in particolare p. 6): «Come indicano le parole stesse erede apparente è chi possiede come erede mentre in realtà non è tale, è il *possessor pro*

Secondo questa tesi, dunque, *possessor pro herede* e *possessor pro possessore* sarebbero entrambi eredi apparenti, in quanto all'interno di tale concetto non si distinguerebbe tra buona e mala fede. Questa conclusione è stata, tuttavia, sottoposta a critica da altra parte della dottrina, che ha contestato che la dicotomia operata nella categoria dell'erede apparente sulla base dello *status* soggettivo possa essere utilizzata come *discrimen* tra le sopra esaminate figure del diritto romano. In altre parole, questa seconda posizione ha escluso che la distinzione tra erede apparente in buona fede e erede apparente in mala fede possa corrispondere semplicemente a quella tra *possessor pro herede* e *possessor pro possessore*. Ciò sulla base del fatto che, se può affermarsi che il *possessor pro possessore* è sicuramente un soggetto che agisce in mala fede, perché non vanta alcun titolo a sostegno del proprio possesso e, interrogato circa il motivo della disponibilità del bene, risponde semplicemente 'perché possiedo'²³ (con consapevolezza o comunque con accettazione consapevole del rischio di ledere un diritto altrui²⁴), non può però dirsi il contrario, ossia che la mala fede accompagni sempre e solo tale categoria di possessore. Una simile condizione soggettiva potrebbe, infatti, essere propria anche di colui che affermi la propria qualità di erede. Detto altrimenti, anche il *possessor pro herede* potrebbe essere accompagnato da mala fede: infatti, è definito '*possessor pro herede*' colui che ritiene di essere erede²⁵; anzi, come a breve vedremo, tale qualifica viene estesa anche a chi sappia di non possedere in realtà tale titolo. In sostanza, *possessor pro herede* è colui che afferma di essere erede, a prescindere dal fatto che ciò avvenga in virtù di un'erronea valutazione, oppure nella consapevolezza dell'assenza di tale *status*. Ciò che conta è la semplice auto-qualifica come erede, a prescindere dall'intento menzognero che sia o meno ad essa sotteso.

Da ciò consegue dunque che, se il *possessor pro possessore* è sicuramente in mala fede, non è detto però che chi possiede *pro herede* sia necessariamente in buona fede. Questo è il motivo per cui i sostenitori di tale posizione escludono che la contrapposizione tra *possessor pro herede* e *pro possessore* sia alla base della distinzione tra erede apparente in buona e in mala fede²⁶.

herede o *pro possessore* del diritto romano, essendo indifferente che egli possieda in buona o in mala fede»; e inoltre l'opinione di A. Tartufari, *Del possesso qual titolo di diritti*, 2. *Del possesso qual titolo apparente universale*, rubr. I, *Qual sia l'erede apparente*, Fratelli Bocca, Torino, 1878, parr. 547 ss., pp. 607 ss. e, in appendice, Id., *Nota intorno ad una recente interpretazione della l. 25 § 17 D. De hereditatis petitione*, p. 887, in particolare p. 538: «[...] il primo *qui pro herede possidet*, perché pretende espressamente al diritto ereditario, offendendo il diritto del vero erede. Il secondo *qui pro possessore possidet*, perché, non allegando in specie alcun diritto, si presume pretendere a tutti i diritti e tutti offenderli. Codesti possessori della universalità oggi, per l'art. 933, si chiamano eredi apparenti di buona o di mala fede».

²³ Come a breve vedremo, Ulpiano afferma che «*pro possessore possidet* [...] *qui interrogatus cur possideat, responsurus sit "quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium*», ossia che possiede *pro possessore* chi, interrogato sul perché possieda, risponderà 'poiché possiedo' e non affermerà di essere erede neppure per menzogna. Cfr. *infra*: D. 5.3.11.1 e D. 5.3.12.

²⁴ Tale consapevolezza o accettazione consapevole corrisponde allo stato di mala fede in senso soggettivo. La buona fede 'soggettiva' è infatti l'ignoranza di ledere l'altrui diritto: conseguentemente, chi agisca nella consapevolezza di violare l'altrui sfera giuridica non potrà che agire in mala fede.

²⁵ D. 5.3.11 pr. (Ulp. 15 *ad ed.*): «*Pro herede possidet, qui putat se heredem esse*».

²⁶ A. Tartufari, *Del possesso qual titolo di diritti*, cit., p. 538: «[...] bisogna guardarsi dal confondere l'erede apparente di buona fede col *possessor pro herede* e l'erede apparente di mala fede col *possessor*

La ricostruzione appena esposta, che pare ampliare le maglie della nozione di erede apparente fino a ricomprendervi anche il *possessor pro possessore*, è stata però successivamente rifiutata dalla dottrina, che, tornata ad occuparsi dell'erede apparente e dei suoi possibili antecedenti storici, ha criticato tale lettura (eccessivamente ampia) dell'istituto e ha accolto un'impostazione maggiormente selettiva, ammettendo che il concetto di erede apparente potesse abbracciare solo la figura del *possessor pro herede*. Questa diversa posizione è fondata sull'interpretazione letterale dei passi che, nell'ambito nella compilazione giustiniana, si occupano di tali istituti. In particolare, a riguardo vengono in rilievo alcuni frammenti di Ulpiano contenuti nel libro quinto del Digesto, tratti dal quindicesimo volume del suo commentario all'editto. È opportuno, pertanto, come sempre partire da una lettura dei brani in questione, poiché solo attraverso le parole degli autori è possibile fare chiarezza sulle relative interpretazioni che sono state offerte, per valutare se sia possibile accoglierle (integralmente o parzialmente) o se, viceversa, sia opportuno distaccarsene.

3. *Possessor pro herede e possessor pro possessore nella definizione di Ulpiano*

3.1 *La definizione ulpiana di possessor pro herede*

Il primo passo che occorre analizzare è il principio del frammento 11 del titolo terzo, il cui *incipit* recita «*pro herede possidet*».

D. 5.3.11 pr. (Ulp. 15 *ad ed.*): *Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.*

Il brano inizia con una definizione del *possessor pro herede*, che secondo Ulpiano è «*qui putat se heredem esse*», ossia chi reputa di essere erede, chi ritiene di poter vantare la qualifica soggettiva di successore *mortis causa*. Tale definizione prelude però ad una domanda, che Ulpiano subito dopo introduce, interrogandosi se possa considerarsi *possessor pro herede* anche chi sappia di non essere erede, ossia chi abbia la piena consapevolezza circa la carenza del titolo che legittimerebbe il possesso del patrimonio ereditario. Rispetto a tale quesito Ulpiano offre risposta positiva, rinviando peraltro al pensiero dei suoi predecessori e sottolineando come, a ben vedere, anche il *bonorum possessor* possieda *pro herede*. Il soggetto cui sia concessa la *bonorum possessio* è, infatti, consapevole dell'assenza della qualifica civilistica che gli consentirebbe di accedere allo *status* di erede *ex iure civili*; per questo è necessario supplire a tale carenza mediante l'intervento del diritto pretorio. D'altra parte, è proprio questo il compito del *ius honorarium*: a fronte di un'insufficienza del diritto ci-

pro possessore, giacché anche tra i possessori *pro herede* se ne trovano di mala fede»; e ivi, p. 675: «Codesti possessori delle universalità si chiamano eredi apparenti di buona o di mala fede: ma la distinzione non risponde all'altra *pro herede* o *pro possessore*: perché anche il possessore *pro herede* può essere di mala fede».

vile, intervenire a sostegno di quelle situazioni di fatto che risultino meritevoli di tutela²⁷. La *bonorum possessio*, non a caso, è proprio congegnata dal pretore per 'correggere le iniquità del diritto'²⁸, consentendo a quei soggetti, che altrimenti sarebbero esclusi dalla successione, di ottenere il possesso dei beni ereditari pur non rientrando tra gli *heredes civiles*²⁹.

Ciò posto, laddove un soggetto che non sia erede (e sappia di non poterlo essere) ottenga dal pretore la concessione della *bonorum possessio*, da quel momento sarà possessore dei beni ereditari, che potrà 'trattenere e perseguire'³⁰. I *bonorum possessores* si trovano però in una situazione fattuale e non 'di pieno diritto': a loro spetta l'*in bonis habere*, che potrà a trasformarsi in proprietà civilistica (*dominium ex iure Quiritium*) soltanto a seguito del decorso del tempo necessario per l'usucapione³¹. Quanto al titolo di tale possesso, non potrà dirsi che il *bonorum possessor* possieda i beni a titolo di erede, dal momento che non è *heres* in base al diritto civile, né la concessione della *bonorum possessio* comporta il riconoscimento di tale qualifica.

²⁷ A riguardo basti citare la celebre definizione che Papiniano offre del diritto pretorio: D. 1.1.7.1 (Pap. 2 def.): «*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*». Nel frammento immediatamente precedente è contenuta, invece, quella di *ius civile*: D. 1.1.7 pr. (Pap. 2 def.): «*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*».

²⁸ Gai 3.25: «*Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt*». Così si esprime Gaio a conclusione dell'esposizione relativa alle categorie di eredi contemplate dalle XII tavole. L'iniquità del diritto a cui accenna il giurista (e alla quale pose rimedio il pretore) riguarda tutti quei soggetti che, pur strettamente legati al defunto, non erano ammessi alla successione. Per questo Gaio ritiene che si tratti di un sistema palesemente (*palam*) angusto (*strictum*): Gai 3.18: «*Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates. Quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere*». Il riferimento ai 'confini strettissimi' della norma delle XII tavole è ripreso anche nelle *Institutiones* giustinianee: cfr. Inst. 3.9.2: «*[...] angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit*».

²⁹ Per l'individuazione degli eredi legittimi chiamati alla successione *ab intestato* secondo il sistema di *ius civile*, fondamentale è la disposizione contenuta nelle XII Tavole, già ricordata *supra* (cfr. cap. 1, nota 80), secondo cui: «*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*» (Tab. 5.4-5). Le categorie di soggetti ammessi alla *bonorum possessio sine tabulis* sono, invece, elencate in D. 38.6.1.1 (Ulp. 44 ad ed.): «*Sed successio-nem ab intestato in plures partes divisit: fecit enim gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxoris*». Sulla successione legittima in diritto romano ci limitiamo a ricordare, oltre alla già citata monografia di G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento*, cit., le voci di: O. Diliberto, *Successione legittima (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 43, Giuffrè, Milano 1990, pp. 1297-1317; P. Voci, *Erede ed eredità (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 15, Giuffrè, Milano 1966, pp. 174-183. Per un approfondimento sulla *bonorum possessio* si veda lo studio di F. Pulitanò, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, Giappichelli, Torino 1999; inoltre, il recente contributo di G. Viarengo, *Gli sviluppi della 'bonorum possessio' del figlio emancipato dall'età di Cicerone a Salvio Giuliano*, in *Riv. dir. rom.*, 18 (2018), pp. 79-130.

³⁰ D. 37.1.3.2 (Ulp. 39 ad ed.): «*Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque cum moritur fuit*».

³¹ Gai 3.80: «*Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex iure Quiritium autem ita demum acquiruntur, si usuceperunt*». Cfr. S. Puliatti, *De cuius hereditate agitur*, cit., p. 174.

Come ci ricorda Gaio³², infatti, il pretore non ha il potere di creare eredi ‘nuovi’, nel senso di ulteriori rispetto a quelli contemplati dal *ius civile* («*praetor heredes facere non potest*»), potendo tale *status* essere attribuito soltanto in via legislativa, attraverso una *lex* o altra analoga disposizione giuridica (come un senatoconsulto o una costituzione imperiale). Chi ottenga dal pretore la *bonorum possessio* dunque non è erede, ma viene posto in una condizione analoga a quella degli eredi («*loco heredum*»)³³, poiché la *bonorum possessio*, pur non potendo incrementare il novero degli *heredes* civilistici, tuttavia pone i suoi destinatari in una situazione esteriormente – e dunque ‘apparentemente’ – assimilabile a quella di coloro che sono eredi in base al *ius civile*.

Posta tale assimilabilità dal punto di vista pratico rispetto alla condizione dell’erede, rimane il fatto che il *bonorum possessor* ‘*heres non est*’: pertanto, essendo consapevole di non essere l’erede civilistico, laddove affermi la propria qualifica di *heres* (inteso come ‘*heres civilis*’, ossia il solo e unico erede riconosciuto dal *ius civile*) sarà senz’altro in mala fede. Ciò spiega perché Ulpiano senta l’esigenza di richiamare la *bonorum possessio* per spiegare la propria risposta positiva rispetto al quesito sollevato. Perché se il *bonorum possessor* è senz’altro *possessor pro herede*, e se quello stesso *bonorum possessor* può altrettanto indubbiamente sostenere in mala fede la propria qualifica di *heres*, per un banale sillogismo non si può che essere d’accordo con Ulpiano: si dovrà, dunque, concludere che il *possessor pro herede* può essere anche colui che sa di non essere erede («*qui scit se heredem non esse*»).

Se così è, deve allora concordarsi con quell’opinione che negava la possibilità di spiegare la distinzione tra *possessor pro herede* e *possessor pro possessore* semplicemente distinguendo tra buona e mala fede. Se, infatti, il *possessor pro herede* può essere anche un soggetto consapevole della carenza della propria qualifica di erede, ciò significa che il *possessor pro herede* può essere in mala fede. Dunque, se tale ragionamento è corretto, le asserite corrispondenze ‘*possessor pro herede*/buona fede’ e ‘*possessor pro possessore*/mala fede’ si dissolvono e si conferma l’impossibilità di fondare la distinzione tra i due *possessores* sulla base dell’elemento soggettivo della *bona* o *mala fides*.

³² Gai 3.32: «*Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, velut per senatus consultum et constitutionem principalem: sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur*». Il brano è ripreso, con parole pressoché identiche, nelle *Institutiones giustinianee*: Inst. 3.9.2: «*Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt; nam praetor heredem facere non potest: per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales: sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores*». Cfr. S. Puliatti, *De cuius hereditate agitur*, cit., p. 175 e B. Santalucia, *Diritto ereditario romano*, cit., pp. 90 ss.

³³ Cfr. nota precedente. L’espressione ‘*loco*’, traducibile con ‘in condizione di’, è spesso utilizzata da Gaio per indicare posizioni che, pur non equivalenti nella sostanza, si richiamano quanto alla disciplina applicabile. Oltre al caso dei *bonorum possessores*, che si trovano in una condizione simile a quella degli eredi, celebre è l’affermazione per cui la donna sposata *cum manu* riveste una posizione di ‘quasi figlia’ (*filiae loco*) del proprio marito, di ‘quasi sorella’ (*sororis loco*) dei suoi stessi figli, nonché di ‘quasi nipote’ (*neptis loco*) del suocero che sia eventualmente ancora in vita. Cfr. Gai 1.114; 1.118; 2.139; 2.159; 3.3; 3.14.

3.2 La definizione ulpiana di *possessor pro possessore*

Dopo aver definito il *possessor pro herede*, Ulpiano si sofferma sull'altro tipo di possessore, ossia quello qualificato come '*pro possessore*'.

D. 5.3.11.1 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Pro possessore vero possidet praedo [...]*

L'*incipit* del frammento D. 5.3.11.1 è del tutto speculare a quello del brano immediatamente precedente, rispetto al quale si pone in contrapposizione, come dimostra la congiunzione avversativa '*vero*'³⁴. Attraverso la simmetria «*pro herede possidet*» del *principium* e la successiva «*pro possessore possidet*» del frammento 1, Ulpiano mette in evidenza le due diverse tipologie di possesso, così da tracciare una linea di confine ed evitare confusioni concettuali. A tal fine, il '*vero*' serve proprio a sottolineare l'alterità delle due posizioni e la loro non sovrapponibilità, come dire che se un soggetto «*possidet pro herede*», allora quello stesso soggetto non può «*possidere pro possessore*»³⁵. Ulpiano afferma, infatti, che possiede *pro possessore* il *praedo*, cioè il predone, il ladro, il brigante, ossia quel soggetto che abbia ottenuto il possesso del bene in modo illecito, con violenza, o clandestinamente. Si fa, dunque, riferimento a colui che agisce nella totale consapevolezza di ledere la posizione di un altro soggetto, sia essa una situazione di vero e proprio diritto (come nel caso in cui la lesione colpisca il *dominus*, ossia il titolare del diritto di proprietà), sia che la sottrazione avvenga a danno di colui che abbia il bene in virtù di una mera relazione di fatto, e sia perciò (anch'egli) possessore, ma legittimo.

Ulpiano, quindi, nel momento stesso in cui afferma che il *possessor pro possessore* è il *praedo*, introduce un elemento di disvalore: è come se affermasse, seppur indirettamente, che possiede *pro possessore* colui che possiede in mala fede. Ma la definizione ulpiana non si ferma qui: il giurista prosegue, infatti, nel tratteggiare i caratteri del *possessor pro possessore* portando avanti il parallelismo con il *possessor pro herede*, come dimostrano i due brani seguenti.

D. 5.3.12 (Ulp. 67 *ad ed.*): *Qui interrogatus cur possideat, responsurus sit "quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium.*

³⁴ Nel brano il giurista utilizza la parola '*vero*', la più forte tra le congiunzioni latine di tipo avversativo. Il '*vero*' è il '*ma*' nella forma più radicale: è il '*ma*' che segna un'alternativa netta e *tranchant* rispetto a quanto precedentemente affermato.

³⁵ G. Brunetti, *Il diritto romano nella giurisprudenza: l'eredità apparente*, p. 126: «Il *possessor pro herede* è colui che possiede l'eredità come erede, che si vanta erede, che manifesta in tutti i modi l'*animus heredis*, che, interrogato perché possieda l'eredità, risponde: "perché sono l'erede". Non importa poi che egli possieda in buona o in mala fede, che non abbia nessun titolo effettivo a fondamento del suo vanto di erede, che egli risponda di essere l'erede anche sapendo di mentire: basta che agisca come erede, e che *contendat se heredem esse*. Questi è appunto l'erede apparente». Dopodiché, passando ad occuparsi del *possessor pro possessore*, l'Autore prosegue: «Invece il *possessor pro possessore* è colui che non manifesta in nessun modo l'*animus heredis*, che non afferma di essere erede nemmeno per menzogna (*non contendit se heredem vel per mendacium*), colui che, interrogato perché possieda, senza vantare affatto la qualità ereditaria, risponde semplicemente: 'perché possiedo' (*qui interrogatus cur possideat, responsurus sit: quia possideo*). Ora questi, che non possiede come erede, non può apparire erede, e perciò non può essere un erede apparente».

D. 5.3.13 pr. (Ulp. 15 *ad ed.*): *Nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.*

Nel frammento 12 emerge chiaramente l'andamento speculare rispetto ai due frammenti precedenti. Se il *possessor pro herede* era colui che «*se heredem esse putat*», il *possessor pro possessore* è, al contrario, colui che «*se heredem non contendet*». La prima contrapposizione posta in evidenza da Ulpiano è quindi legata alla consapevolezza circa la propria qualifica di successore e, dunque, circa la relativa spendita del titolo di erede. Il *possessor pro possessore* sarà colui che, a fronte della domanda ‘perché possiedi?’, risponderà semplicemente – e tautologicamente – ‘perché possiedo’, senza addurre alcuna giustificazione o alcun titolo legittimante a sostegno della signoria di fatto sui beni. Questo è quanto vale a distinguerlo dal *possessor pro herede*, che a fondamento del possesso afferma invece la sua qualità di erede: tanto qualora ritenga di essere effettivamente il legittimo successore, quanto laddove di tale convinzione sia privo, affermando la propria qualità di erede per menzogna. L'esempio può nuovamente essere quello del *bonorum possessor* che, avendo ottenuto la disponibilità dei beni ereditari, si dichiara erede, pur nella consapevolezza di non essere *heres ex iure civili*.

Viene a questo punto in rilievo il secondo parallelismo di Ulpiano, che, nel giustificare la risposta resa dal *bonorum possessor* di fronte alla domanda ‘perché possiedi?’, ritiene che tale soggetto non adduca alcuna motivazione al proprio possesso, neppure frutto di una menzogna. In altre parole, il *possessor pro possessore* non si preoccupa affatto di giustificare il possesso, né affermando la sussistenza di un falso titolo, né adducendo alcuna altra causa («*nec contendet se heredem vel per mendacium [...] nec ullam causam possessionis possit dicere*»). Quindi, non solo non dichiara di essere erede nella convinzione di esserlo, ma non lo afferma neppure mentendo, ossia nel tentativo di giustificare la propria posizione dichiarando una situazione che sa inesistente. In quest'ultimo caso, infatti, si ricadrebbe nell'ipotesi precedente e il soggetto non sarebbe un *possessor pro possessore*, che sostiene di possedere ‘perché possiede’; piuttosto, sarebbe un *possessor pro herede*, che dichiara di possedere ‘perché è erede’, a prescindere dal fatto che una simile affermazione sia resa in buona o in mala fede, poiché frutto di un erroneo ma incolpevole convincimento o, viceversa, di una menzogna.

Ciò posto, dunque, Ulpiano conclude che sia il ladro sia il rapinatore («*fur et raptor*») – entrambi rientranti nella categoria dei *praedones*, ossia dei cosiddetti ‘briganti’, come soggetti dediti ad attività illecite – sono obbligati in base all'azione di petizione dell'eredità («*petitione hereditatis tenentur*»). Dopodiché, a conferma di quanto appena detto, nei successivi brani il giurista porta ulteriori esempi di acquisto sulla base di titoli consapevolmente invalidi, che attribuiscono al soggetto acquirente la qualifica di mero possessore. Ulpiano individua, infatti, una stretta connessione fra lo *status* di *possessor pro possessore* e gli altri titoli in virtù dei quali può essere acquistato il possesso, citando come esempi la compravendita, la donazione, la dazione di dote e il legato.

D. 5.3.13.1 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret et quasi iniunctus est. Denique et pro emptore titulo haeret: nam si a furioso emero sciens,*

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica
pro possessore possideo. Item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: et placet nobis Iuliani sententia pro possessore possidere eum, et ideo petitione hereditatis tenebitur. Item pro dote titulus recipit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi. Et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo.

Nei casi elencati da Ulpiano l'acquisto del possesso è avvenuto sulla base di un titolo astrattamente idoneo, ma concretamente invalido o viziato sotto un qualche profilo. Perciò, in tutte queste ipotesi il soggetto che abbia conseguito il possesso – a titolo oneroso, come nella compravendita, a titolo di gratuito, come nella donazione, o in vista di un'unione coniugale, come nella costituzione di dote – se consapevole del vizio, sarà qualificato come '*possessor pro possessore*'. Questo è quanto accadrà, ad esempio, per chi abbia acquistato un bene ereditario da un soggetto che sappia essere insano di mente (*furiosus*); per il coniuge che abbia ricevuto dall'altro una donazione («*pro donato*»), nonostante il divieto esistente *inter virum et uxorem*³⁶; o, ancora, per il marito che abbia ottenuto beni in dote («*pro dote*») dalla moglie infra-dodicenne («*minor duodecim annis nupta*»)³⁷, pur essendo al corrente dell'età della medesima. Infine, il soggetto dovrà considerarsi un mero possessore anche nel caso in cui abbia beneficiato di un legato che sapeva non essergli dovuto³⁸, avendo ugualmente acquistato il bene sulla base di un titolo della cui invalidità era al corrente. In tutti questi casi, secondo Ulpiano – il quale accetta e conferma il parere reso da Giuliano sulla questione («*placet nobis Iuliani sententia*») – il soggetto che abbia conseguito il bene mediante un titolo che egli sapeva essere viziato sarà tenuto a rispondere in base all'azione di petizione dell'eredità («*petitione hereditatis tenebitur*»).

Diversamente, tale azione non potrà venire in rilievo nell'ipotesi in cui il soggetto abbia restituito l'eredità, purché abbia fatto ciò in uno stato di buona fede. Laddove, invece, la dazione sia avvenuta con dolo, il soggetto sarà tenuto in base alla medesima azione di petizione, rispetto alla quale, come precisa il giurista, viene in rilievo anche il '*dolus praeteritus*', ossia il cosiddetto 'dolo del tempo passato'. In tale ipotesi, infatti, è come se il soggetto avesse dolosamente cessato di possedere i beni («*quasi dolo desierit possidere*»), in quanto li ha ceduti con la consapevolezza di

³⁶ Sul divieto di donazioni tra coniugi cfr. cap. 5, par. 6.3.

³⁷ L'età richiesta per contrarre un valido matrimonio a Roma era di quattordici anni per gli uomini e dodici anni per le donne. Sul punto, si rinvia alle osservazioni contenute nel cap. 5, par. 4.1.3.

³⁸ Ulpiano non specifica il tipo di legato, ma l'esempio immaginato fa verosimilmente riferimento ad un legato *per damnationem*, disposizione a titolo particolare ad effetti obbligatori, in cui l'erede o in generale l'oneroso è tenuto al compimento di una determinata prestazione di *dare* o di *facere* a favore del soggetto onorato (legatario). In tal caso, laddove il titolo a fondamento del legato sia viziato, è chiaro che non potrà prodursi l'effetto giuridico avuto di mira. Perciò, nell'ipotesi di legato avente ad oggetto l'obbligo per l'erede di trasferire la proprietà di un singolo bene dell'asse ereditario in favore del soggetto legatario, laddove il legato sia invalido e il legatario sia a conoscenza di tale invalidità, non si produrrà l'acquisto e il legatario non diverrà proprietario del bene trasferito, ma semplicemente un mero possessore (*possessor pro possessore*).

non doverli dare: ha perciò agito con dolo, ossia con uno stato soggettivo che implica la consapevolezza di porre in essere un atto in realtà precluso.

D. 5.3.13.2 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Is autem qui restituit hereditatem teneri hereditatis petitione non potest, nisi dolo fecit, id est si scit et restituit: nam et dolus praeteritus venit in hereditatis petitione, quasi dolo desierit possidere.*

4. L'estensione della *petitio hereditatis* nelle ipotesi di trasferimento dal *possessor pro herede* e dal *possessor pro possessore*

Nei successivi brani del Digesto, ancora attribuiti ad Ulpiano, vengono nuovamente in rilievo le figure del *possessor pro herede* e del *possessor pro possessore*. Questa volta, però, tali soggetti non sono valutati direttamente, bensì come danti causa nell'eventualità di un fenomeno di successione *mortis causa*. L'ipotesi considerata è quella in cui un soggetto che abbia il possesso dei beni ereditari muoia e il suo patrimonio sia acquistato dal successore a titolo universale. In questo caso, essendo venuto meno il soggetto che aveva il possesso dei beni oggetto di contesa, il 'vero' erede dovrebbe esercitare l'azione di petizione dell'eredità nei confronti dell'avente causa. Il quesito che Ulpiano implicitamente pone è quello relativo alla sussistenza in tale ipotesi di un diverso regime, a seconda che il *de cuius* possedesse i beni in qualità di *possessor pro herede* o di *possessor pro possessore*.

D. 5.3.13.3 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Neratius libro sexto membranarum scribit ab herede peti hereditatem posse, etiam si ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedissee. Idem esse libro septimo ait etiam si putavit heres eas res ex hac hereditate esse quae sibi delata est.*

La risposta a tale interrogativo, come spesso accade³⁹, viene rinvenuta nel pensiero di un precedente giurista – in questo caso Nerazio – il quale ritiene che la diversa qualifica del possessore non comporti alcuna differenza rispetto all'esercizio dell'azione di petizione. Perciò, anche laddove l'erede-attore ignori a quale titolo il defunto possedesse i beni («*ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedissee*»), potrà comunque convenire in giudizio il suo successore, esercitando nei suoi confronti l'azione di petizione dell'eredità. La seconda parte del brano aggiunge, poi, che la medesima facoltà spetta pure nel caso in cui l'erede convenuto ritenga

³⁹ Nel passo citato assistiamo ad un tipico esempio di dialogo tra giuristi, che sovente si rinviene nei brani del *Digesto*. Il diritto romano è diritto casistico, giurisprudenziale, rimediale, è frutto della stratificazione dei *responsa* che nei secoli i *prudentes* sono stati chiamati a rendere in ordine a casi specifici. Pertanto, è del tutto normale che i giuristi delle epoche successive si trovino a doversi confrontare con le opinioni di coloro che li hanno preceduti, talvolta (come nel caso che qui si commenta) allineandosi con quanto da loro sostenuto, altre volte distaccandosene e addivenendo ad una diversa soluzione del problema. Ciò dà vita al cosiddetto 'diritto controversiale' (*ius controversum*), espressione che meglio di ogni altra tratteggia ed esprime l'anima del diritto romano: un diritto casistico, dalla vocazione pragmatica, ma allo stesso tempo analitica, con un'irrinunciabile attenzione alle specificità del singolo caso concreto che invoca *iustitia*.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica che il proprio dante causa sia proprietario e, dunque, legittimo titolare (e non mero possessore) dei beni ereditari: anche in tale ipotesi potrà essere destinatario della *petitio*.

Nei successivi brani del frammento 13 Ulpiano continua a passare in rassegna le diverse ipotesi di esercizio dell'azione di petizione, prendendo in considerazione una serie di casi in cui, pur dovendosi teoricamente escludere l'esperibilità della *petitio hereditatis* in senso proprio, viene avvalorata la possibilità che la stessa sia concessa in via di *actio utilis*. Ciò, in particolare, si verifica nell'ipotesi in cui il possessore dell'eredità trasferisca la medesima a titolo di compravendita⁴⁰, anche allorquando ciò sia avvenuto in esecuzione di un fedecommesso⁴¹.

Di nuovo la locuzione '*pro herede*' compare nel sesto frammento, ma questa volta per escludere che tale qualifica possa essere accordata all'erede del possessore dei beni ereditari.

D. 5.3.13.6 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Sed et si retenta certa quantitate restituere rogatus sit, idem erit dicendum. Plane si accepta certa quantitate restituere rogatus est, non putat Papinianus ab herede petendam hereditatem, quoniam pro herede, quod conditionis implendae gratia accepit, non possidetur. Sed Sabinus in statulibero contra: et id verius est, quia pecunia hereditaria est.*

La situazione presa in considerazione è il caso in cui l'erede del possessore dei beni ereditari sia onerato da un fedecommesso universale, ossia una disposizione che gli impone di trasferire l'intera eredità ad un terzo soggetto (cosiddetto fedecommisario o onorato). Nell'ambito di tale ipotesi il giurista contempla due diversi casi: il primo (frammento 6) in cui l'erede-onerato viene compensato per tale trasferimento mediante l'attribuzione di una somma di denaro; il secondo (frammento 7) in cui, invece, allo stesso, pur privato della massa patrimoniale, è concesso di trattenere i frutti dell'eredità.

D. 5.3.13.7 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Idem et in eo qui solus fructus ex hereditate retinet, dicendum erit: tenetur enim et is hereditatis petitione.*

In entrambi i casi Ulpiano si interroga se (nel primo caso) il denaro ricevuto o (nel secondo caso) i frutti percepiti possano considerarsi posseduti come *possessor pro herede*. La questione pare discussa fra gli stessi giuristi romani, tra i quali, stando al resoconto ulpiano, non sussiste sul punto unanimità di vedute. Infatti, a fronte dell'orientamento negativo sostenuto da Papiniano, che esclude che quanto ricevuto per l'adempimento del fedecommesso possa ritenersi posseduto a titolo di erede, Sabino risponde in maniera inversa, argomentando che il denaro oggetto di dazione

⁴⁰ D. 5.3.13.4 (Ulp. 15 *ad ed.*): «*Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeant? Et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem.*»

⁴¹ D. 5.3.13.5 (Ulp. 15 *ad ed.*): «*Idem erit dicendum et si parvo pretio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus adversus fideicommissarium dari actionem: ab herede enim peti non expedit perexiguum pretium habente.*»

sarebbe comunque afferente al patrimonio ereditario. Alla stessa soluzione dovrebbe pervenirsi nella seconda ipotesi, essendo i frutti percepiti dal fedecommissario provenienti da una *res* contenuta nella massa dei beni ereditari. In entrambi i casi dunque il soggetto non solo trattiene il denaro o i frutti che, in quanto tali, farebbero parte dell'eredità, ma lo fa per volontà del testatore: dunque, rispetto a tali beni egli si pone '*pro herede*', cioè in una posizione del tutto analoga, anche agli occhi dei terzi, a quella di un erede a ciò legittimato dal *de cuius*. Potremmo dire, volendo riprendere il paragone con l'istituto moderno, che egli rispetto a tali beni 'appare erede'.

Il titolo di *possessor pro herede* non dovrebbe, invece, considerarsi spendibile nei confronti di chi abbia coscientemente acquistato un'eredità spettante ad una diversa persona. In questo caso il soggetto ha agito nella piena consapevolezza che il patrimonio ereditario era destinato ad altri e, pertanto, ha scientemente violato l'altrui diritto successorio. Egli sapeva di non avere alcuna legittimazione ad effettuare tale acquisto e, pertanto, era in mala fede; per questo motivo viene qualificato come 'mero possessore'.

La nostra fonte, in questo caso, sembra dunque smentire la conclusione precedentemente esposta, in quanto pare derivare la qualifica di *possessor pro possessore* come diretta conseguenza della mala fede. Al contrario, prima avevamo affermato come tale stato soggettivo non fosse elemento connotante in via esclusiva il *possessor pro possessore*, essendo parimenti rinvenibile anche nel *possessor pro herede*. La distinzione fra i due *possessores*, infatti, deriva non dalla buona o mala fede, ma dalla spendita o meno del titolo di erede per giustificare il possesso. Quanto appena detto risulta confermato dal fatto che lo stesso Ulpiano, subito dopo aver esposto la ricostruzione anzidetta, la smentisce, distaccandosene. Tuttavia, il motivo di tale rifiuto è legato ad un diverso profilo, ossia il pagamento del prezzo. Il giurista sostiene, infatti, che la circostanza che l'acquisto sia avvenuto a titolo oneroso, mediante un esborso economico da parte del soggetto acquirente, sia tale da escludere la mala fede e, dunque, impedisca di qualificare il soggetto acquirente come *praedo*, ossia come *possessor pro possessore*. Di conseguenza, non disconosce affatto il collegamento (o meglio la diretta derivazione) della qualifica di *praedo* dalla mala fede, anzi indirettamente la conferma.

A ben vedere, la conclusione di Ulpiano è logica e conforme anche alla nostra precedente ricostruzione, in base alla quale, se è vero che la mala fede non è requisito esclusivo del *possessor pro possessore*, potendo connotare anche il *possessor pro herede*, è altrettanto vero però che essa è sicuramente propria del *possessor pro possessore*, che ha un bene senza alcuna legittima giustificazione. Ma allora, se il *possessor pro possessore* è necessariamente un soggetto in mala fede, escludere quest'ultima implica necessariamente negare la qualifica di *possessor pro possessore*, esattamente come sostenuto dal nostro giurista. Da ciò conseguirebbe dunque, secondo Ulpiano, l'assenza di legittimazione passiva all'azione di petizione dell'eredità; il soggetto, semmai, potrebbe ottenere tutela in via pretoria mediante un'*actio utilis*, agendo come acquirente dell'*universitas*, ossia come successore a titolo universale (per quanto non *mortis causa*, bensì *inter vivos*, a seguito della compravendita) dell'intero patrimonio ereditario.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

D. 5.3.13.8 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet: et sic peti ab eo hereditatem quidam putant. Quam sententiam non puto veram: nemo enim praedo est qui pretium numeravit: sed ut emptor universitatis utili tenetur.*

A tale situazione, peraltro, nel passo immediatamente successivo Ulpiano equipara quella del soggetto che abbia acquistato dal fisco l'eredità 'come se fosse' (*quasi*) un'eredità vacante, pagando allo Stato un prezzo come corrispettivo di quei beni che, non ereditati da alcuno per assenza di successibili o mancata accettazione da parte dei medesimi, erano stati devoluti alle casse pubbliche. Anche qui è assente un trasferimento successorio *mortis causa* in senso proprio, in quanto l'acquisto intercorre tra il soggetto acquirente e il *fiscus*. Rispetto a tale trasferimento l'evento morte rappresenta soltanto un antecedente, ossia il motivo che ha determinato a sua volta l'acquisto da parte del fisco. Anche in questo caso – pur in assenza della mala fede del soggetto e, dunque, stante l'impossibilità di definirlo alla stregua di un *praedo* (ossia di un *possessor pro possessore*) – l'autore ritiene ammissibile (anzi, ancor più, ritiene che sia addirittura «*aequissimum*») estendere in via utile l'azione di petizione dell'eredità («*utilem actionem [...] dari*»).

D. 5.3.13.9 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Item si quis a fisco hereditatem quasi vacantem emerit, aequissimum erit utilem actionem adversus eum dari.*

La medesima possibilità di concedere in via utile la *petitio hereditatis* è, poi, prevista nell'ipotesi in cui il soggetto sia possessore dei beni ereditari in virtù di un trasferimento *dotis causa*. In questo caso – che Ulpiano a sua volta riprende dai *Digesta* di Marcello – il marito, in favore del quale la moglie abbia costituito in dote la propria eredità, non potrà dirsi *possessor pro herede*. Il motivo risiede nel fatto che il titolo giustificativo a fondamento della signoria sui beni non può rinvenirsi nella sua qualità di *heres*, dal momento che la legittima erede è la moglie costituente la dote. Allo stesso tempo, il marito non potrà dirsi neppure *possessor pro possessore*, in quanto un titolo giustificativo del possesso esiste ed è rappresentato dalla dote stessa (potremmo parlare di una '*possessio dotis causa*'): il marito sarà, pertanto, qualificato come *possessor pro dote*.

Dal punto di vista processuale e, in particolare, della *legitimatio ad causam*⁴², in tale ipotesi entrambi i coniugi saranno legittimati passivi rispetto ad un'eventuale petizione dell'eredità. La donna sarà legittimata in via primaria («*mulierem directam teneri*»), tanto più («*maxime*») se al matrimonio sia seguito un divorzio, che, oltre a determinare lo scioglimento del vincolo coniugale, abbia attivato il meccanismo di restituzione dotale; l'uomo, invece, potrà essere legittimato passivo rispetto all'*actio*

⁴² L'espressione '*legitimatio ad causam*' indica generalmente la legittimazione a partecipare al processo, cioè la titolarità dell'azione civile sia dal punto di vista attivo (ossia in qualità di attore) sia dal lato passivo (come convenuto). Nel brano analizzato viene in rilievo l'accezione passiva, in quanto si discute circa la possibilità per il *maritus* e per la *mulier* di essere destinatari di un'azione di petizione dell'eredità (*petitio hereditatis*), ossia di essere convenuti in giudizio in quanto possessori dei beni ereditari da parte di colui che invochi tutela della propria posizione di legittimo erede.

utilis che, secondo Ulpiano, potrebbe essere concessa in via pretoria («*maritum [...] petitione hereditatis utili teneri*»).

D. 5.3.13.10 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Apud Marcellum libro quarto digestorum relatam est, si mulier hereditatem in dotem dedit, maritum pro dote quidem possidere hereditatem, sed petitione hereditatis utili teneri: sed et ipsam mulierem directa teneri Marcellus scribit, maxime si iam factum divortium est.*

Di nuovo, le qualifiche di *possessor pro possessore* e *pro herede* tornano nel brano 11, ma relativamente ad una situazione diametralmente opposta rispetto a quella appena analizzata. Questa volta, infatti, tali espressioni non sono riferite agli aventi causa, bensì al *de cuius*, ossia al soggetto della cui eredità si discute. In tale ipotesi, sia esso un possessore ‘mero’ o un possessore ‘qualificato come erede’, nulla cambia a livello di conseguenze processuali. In entrambi i casi, infatti, il suo erede potrà essere chiamato in giudizio mediante la *petitio hereditatis*. Ugualmente, tale possibilità si avrà nel caso in cui il possesso da parte del defunto sia giustificato sulla base di una precedente compravendita, ossia nell’ipotesi in cui il *de cuius* fosse un *possessor pro emptore*.

Questi ultimi due passi avvalorano, insomma, l’equiparazione asserita da Ulpiano tra possessore ‘in qualità di erede’ e possessore ad altro titolo. La locuzione ‘*pro*’ viene infatti affiancata ad altre cause, analogamente a come è accompagnata ai sostantivi ‘*herede*’ e ‘*possessore*’. Ciò conferma, dunque, che la qualifica di *possessor pro herede* è costruita attorno alla nozione di possesso, più che a quella di erede. Per i giuristi romani tale espressione serve, infatti, a identificare una tipologia peculiare di possessore, ossia quello che esercita la propria signoria di fatto come se fosse erede, adducendo lo stato di *heres*, cioè simulando, in buona o in mala fede, tale posizione. Ma quella stessa particella ‘*pro*’ potrebbe essere utilizzata per definire altre tipologie di possessori, che esercitano tale potere in virtù di titoli diversi, come la costituzione di dote (*possessor pro dote*), la compravendita (*possessor pro emptore*), o senza alcun titolo (*possessor pro possessore*), configurando così quello che può tradursi come un ‘mero possesso’ o, detto altrimenti, un ‘possesso non titolato’.

D. 5.3.13.11 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possedit, hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat: quamvis etiam earum rerum nomine, quas pro herede vel pro possessore defunctus possedit, utique teneatur.*

Sempre secondo Ulpiano, la qualifica di *possessor pro herede* o di *possessor pro possessore* deve escludersi, invece, nei confronti di colui che possieda i beni ereditari in nome del legittimo titolare che sia assente («*absentis nomine possideat hereditatem*»). Ulpiano afferma ciò chiaramente: «*non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet*».

In tale ipotesi, infatti, il soggetto possiede in nome e per conto di altri, perciò agisce nell’interesse e spendendo il nome di chi sarebbe titolato a farlo: agisce, in sostanza, come *longa manus* dell’erede, nella piena consapevolezza di ciò. Pertanto, non vanterà certo il titolo di erede rispetto a tali beni e, dunque, non sarà *possessor pro herede*. Ma neppure potrà dirsi che egli non abbia alcun titolo e che sia un mero

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

possessore (*possessor pro possessore*), poiché la sua signoria è giustificata dall'incarico attribuitogli dall'assente in via preventiva o dalla sua successiva ratifica. Ecco perché Ulpiano conclude che, dal punto di vista processuale, l'eventuale azione di petizione deve essere esercitata nei confronti del procuratore in nome dell'assente («*absentis nomine petendam hereditatem*») e non in nome proprio. L'unico caso in cui potrebbe agirsi nei confronti del procuratore «*proprio nomine*» è l'ipotesi in cui la ratifica non sia intervenuta. In tal caso, infatti, saremmo di fronte ad un comportamento del procuratore che esorbita dai poteri conferitigli e, pertanto, posto in essere in mala fede, nella consapevolezza della carenza di un valido potere di rappresentanza. In questo caso, allora, il *procurator* agirebbe come un *praedo* e, pertanto, venendo meno il titolo a fondamento del proprio possesso, degraderebbe a mero possessore (*possessor pro possessore*).

D. 5.3.13.12 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum an ille ratum habeat, puto absentis nomine petendam hereditatem, ipsius vero nequaquam, quia non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet: nisi forte quis dixerit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse: tunc enim suo nomine teneri potest.*

5. Altre ipotesi di 'apparenti' possessores con riferimento alla *petitio hereditatis*

Con il frammento 12 si chiude la sequenza di passi nei quali viene analizzata l'azione di petizione dell'eredità con riferimento alle posizioni del *possessor pro herede* e del *possessor pro possessore*. I successivi frammenti del paragrafo 13 (del terzo titolo del quinto libro) concernono fattispecie diverse, che, pur sempre afferenti alla *petitio hereditatis*, contemplan ipotesi che non toccano direttamente i temi che in questa sede rilevano. Nonostante ciò, la loro lettura può essere di interesse per la tematica generale di questo lavoro, in quanto emerge comunque la tensione, che rappresenta il nostro principale oggetto di ricerca, fra 'apparenza' e 'realtà' delle situazioni giuridiche.

Nel successivo frammento (il tredicesimo) si afferma la possibilità di esercitare la *petitio hereditatis* anche nei confronti di colui che non possieda alcun bene ereditario. Più precisamente, il passo contempla l'ipotesi in cui un soggetto si sia offerto come convenuto in un processo di petizione, pur consapevole (non essendo possessore) di non essere a ciò titolato. Tale iniziativa, non sorretta da alcun titolo, farebbe immediatamente sorgere – come già rilevato dal giurista Celso – una sua responsabilità a titolo di dolo; tanto che lo stesso, pur non essendo il soggetto giuridicamente tenuto a rispondere mediante l'azione in questione, potrebbe essere ritenuto responsabile proprio in virtù della propria condotta. Il comportamento del 'non possessore' che si offra come convenuto rispetto ad un'azione a lui estranea trasforma il soggetto in ciò che prima formalmente non era: parte processuale. Ma questo – come precisa il giurista – avviene in virtù del dolo: egli ha, infatti, consapevolmente assunto la veste di convenuto rispetto ad un'azione che non lo vedeva teoricamente coinvolto, non essendo possessore dei beni oggetto di petizione. Il suo contegno doloso fa sì che egli, avendo scelto di 'indossare' tale veste, non potrà poi spogliarsene: di con-

seguenza, sarà tenuto all'azione di petizione come se fosse realmente possessore dei beni oggetto di contesa («*quasi possidentem teneri*»).

La responsabilità per dolo del non possessore fa, quindi, acquisire al soggetto quella veste di parte processuale che prima non aveva, trasformandolo di fatto in ciò che fino a quel momento non era. L'ordinamento in questo modo intende direttamente punire il comportamento doloso: ma tale sanzione, indirettamente, si traduce in un riallineamento (quantomeno processuale) tra l'apparenza (creata dalla falsa prospettazione quale possessore di chi non lo sia) e la realtà. Con la conclusione – che vede concordi i giuristi Marcello e Giuliano – che in quel processo non interessa più se il soggetto sia o meno possessore dei beni: egli, essendosi dolosamente proclamato '*possessor*', sarà considerato tale e, perciò, in questa veste sarà tenuto a rispondere.

D. 5.3.13.13 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur. Et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.*

Il passo immediatamente successivo giunge alla medesima soluzione – come preannuncia l'incipit «*item*» – per il caso in cui qualcuno abbia dolosamente determinato la cessazione del proprio possesso⁴³. Anche in una simile eventualità l'effetto della sua condotta dolosa sarà l'attribuzione della qualifica di legittimato passivo all'azione di petizione dell'eredità, per la quale sarà chiamato a rispondere anche in assenza di possesso. In quest'ultima ipotesi, però, la reazione dell'ordinamento opera in maniera inversa rispetto a quella precedente, in cui l'obiettivo era riallineare la situazione 'apparente' a quella 'reale'. Qui la risposta giuridica è piuttosto concepita in chiave 'anti-abusiva', cioè mira a reprimere una condotta dolosa – o forse potremmo dire 'fraudolenta' – del soggetto che, spogliandosi del possesso, intende sottrarsi al processo, in quanto formalmente non dispone della qualifica giuridica a tal fine richiesta. In questo caso il soggetto, privandosi dei beni, ha in effetti esercitato un proprio diritto, dal momento che astrattamente nulla vieta di cedere o anche abbandonare una *res* di cui si abbia la disponibilità.

La criticità nasce dal fatto che in questo caso il soggetto ha agito con il preciso scopo di fuggire dalla propria responsabilità processuale, per sottrarsi alla qualifica di convenuto nell'azione di petizione dell'eredità, che gli avrebbe imposto di rispondere per quei beni. Egli ha, dunque, esercitato sì un proprio diritto, ma in virtù di

⁴³ La sovrapposibilità tra le due soluzioni è confermata anche da un passo di Ulpiano tratto dai *Fragmenta Vindobonensia*. Cfr. *Ulp. Fr. Vind.* 4: «...*quae<dam etiam interdicta sunt tam> adipiscendae quam recipendae possessionis, qualis sunt interdicta quem fundum et quam hereditatem. Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive numquam possedi sive ante possedi, deinde amisi possessionem*». Sul punto si vedano le osservazioni di A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 692 ss. (già in A. Burdese, *Gli istituti del diritto privato romano*, cit., pp. 657 ss.).

uno scopo che esorbita da quelli propri dell'istituto. Ecco perché l'ordinamento, svelato l'inganno, prontamente irroga la sanzione, chiamando a rispondere l'ex possessore come se non avesse mai perduto il possesso. Il meccanismo sanzionatorio concepito in risposta al dolo è, dunque, una sorta di 'inefficacia relativa' dello spoglio dolosamente compiuto: si finge che lo stesso non sia avvenuto, ossia che il soggetto non si sia mai privato del possesso di quei beni, così da evitare un pregiudizio ai coloro che decidano di agire in giudizio contro costui.

La circostanza che la *ratio* di tale meccanismo sia la volontà di reprimere un abuso, e così evitare un pregiudizio ai terzi, è confermata dal proseguo del passo. Qui si afferma che, laddove a fronte della perdita del possesso questo sia stato acquistato da un altro soggetto, il quale sia pronto ad assumersi il processo e a subirne le conseguenze, allora viene meno la *litis aestimatio* («*desiit litis aestimatio*») nei confronti di chi non è più, per quanto dolosamente, possessore. In questo caso, secondo l'opinione dei giuristi, colui che ha cercato artificialmente di sottrarsi al processo otterrebbe il risultato avuto di mira, poiché in tale ipotesi nessun pregiudizio potrebbe conseguirne, avendo il terzo (nuovo possessore) assunto la veste di parte processuale nel giudizio di petizione dell'eredità e, allo stesso tempo, la responsabilità per il valore dei beni posseduti. Ciò naturalmente è possibile purché non sussista un preciso interesse dell'attore ad agire contro l'ex possessore: in questo caso la posizione del richiedente prevale sulla situazione di fatto che lo vedrebbe comunque soddisfatto attraverso la possibilità di agire contro il nuovo possessore; egli potrà, dunque, chiamare il precedente possessore che abbia dolosamente cercato di sottrarsi alla propria responsabilità.

D. 5.3.13.14 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Item si quis dolo fecerit, quo minus possideat, hereditatis petitione tenebitur. Sed si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati, Marcellus libro quarto digestorum tractat, ne forte evanescat adversus eum qui desiit litis aestimatio: et magis evanescere ait, nisi petentis interest: certe, inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum erit evanescere. Sed si is qui dolo desiit ante conveniatur, eum qui possidet non liberabit.*

Il possesso di beni ereditari viene, poi, messo a confronto anche con una fattispecie apparentemente da esso divergente, ossia la situazione del soggetto che, durante la vita del *de cuius*, abbia con esso contratto uno o più debiti e che, dunque, in conseguenza della morte del medesimo, si trovi ad essere debitore rispetto alla massa ereditaria. Anche tale situazione viene da Ulpiano assimilata al possesso per poter rendere il debitore ereditario destinatario dell'azione di petizione dell'eredità. Così, il «*debitor hereditarius*» viene paragonato al possessore di un diritto: viene, cioè, considerato alla stregua di un possessore, attraverso una comparazione che è funzionale all'estensione di una certa disciplina ad una fattispecie astrattamente non rientrante in essa. Il giurista si basa, dunque, su un ragionamento analogico per ampliare il campo applicativo della *petitio hereditatis*, che diviene così esperibile anche nei riguardi di un soggetto che formalmente ne sarebbe escluso.

La chiave per l'applicazione dell'istituto a fattispecie teoricamente ad esso estranee risiede di nuovo nell'avverbio 'quasi': affermare che il debitore ereditario è «*quasi possessor*» (ossia che è come se fosse un possessore di un diritto) è

l'aggancio che consente al giurista di giustificare l'applicazione dell'istituto ad una fattispecie della quale evidentemente si discuteva.

Ancora una volta l'attenzione è concentrata su come una situazione 'appare', a prescindere dalla sua sostanza: ed è proprio quell'apparenza a consentire la produzione di un certo risultato giuridico. Così il debitore ereditario – che nella sostanza non è possessore, ma ne ha in certo modo la 'veste', perché si presenta ad esso assimilabile nei suoi connotati – potrà essere a sua volta destinatario della petizione ereditaria.

D. 5.3.13.15 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Item a debitore hereditario quasi a iuris possessore: nam et a iuris possessoribus posse hereditatem peti constat.*

Infine, per concludere la ricognizione dei passi (contenuti nel titolo terzo del libro quinto del Digesto) che, nell'occuparsi dell'istituto della *petitio hereditatis*⁴⁴, toccano più o meno direttamente le tematiche che qui interessano, è doveroso operare un breve cenno al paragrafo 25.

Tale brano è all'origine dell'opinione dottrinale che rileva come il senatoconsulto Giuvenziano⁴⁵, pur contemplando espressamente solo la relazione tra *possessor pro herede* e vero erede, tuttavia avrebbe avuto indirettamente delle ricadute anche per ciò che concerne i rapporti tra l'erede rivendicante e i terzi acquirenti dall'erede apparente. Nello specifico, volendo il senatoconsulto proteggere il *possessor pro herede* che, ritenendo di essere effettivamente erede, avesse alienato o consumato parte dei beni ereditari, escludeva l'ammissibilità della rivendicazione da parte dell'erede verso il terzo acquirente, tutte le volte in cui sussistesse per quest'ultimo la possibilità di agire in regresso contro il possessore di buona fede per l'evizione sofferta. Se si fosse consentita la rivendicazione anche in siffatta ipotesi, il possessore di buona fede sarebbe infatti stato esposto proprio a quel rischio dal quale il senatoconsulto intendeva tenerlo al sicuro⁴⁶.

⁴⁴ Tutti i passi da ultimo esaminati si collocano nel terzo titolo del quinto libro del *Digesto*, denominato '*De hereditatis petitione*'.

⁴⁵ Sul senatoconsulto Giuvenziano si vedano i recenti contributi di Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Cacucci, Bari 2008; e già prima Y. González Roldán, *Il senatoconsulto 'Giuvenziano'*, in *SDHI*, 57 (2006), pp. 197-227, in cui è illustrato il contenuto generale dei singoli capitoli del provvedimento senatorio e di uno scolio ai Basilici. La necessità di esaminare congiuntamente la testimonianza bizantina è dettata dal fatto che in essa è riportato un resoconto molto più esteso rispetto alla succinta esposizione di D. 5.3.20.6a (Ulp. 15 *ad ed.*) dell'intera vicenda sottoposta alla decisione senatoria.

⁴⁶ Come rilevato da G. Brunetti, *Il diritto romano nella giurisprudenza: l'erede apparente*, p. 118 nota 2, detta interpretazione ha dato tuttavia adito a dispute dottrinali, che hanno visto contrapporsi all'impostazione tradizionale, sostenuta e difesa da A. Tartufari, *Del possesso qual titolo di diritti*, cit., la nuova tesi proposta da Filippo Serafini, per la quale si rinvia a F. Serafini, *Nuova interpretazione del celebre frammento di Ulpiano legge XXV § XVII Dig. Lib. V Tit. III De hereditatis petitione*, in *AG*, 20 (1878), pp. 403-426.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

D. 5.3.25.17 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Item⁴⁷ si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emptore possit? Et si vindicet, an exceptione non repellatur “quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit”⁴⁸, quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.*

Il passo immediatamente successivo, infine, prende in esame l'ipotesi in cui il *possessor* che abbia alienato parte del patrimonio ereditario sia disposto a resistere nel giudizio di petizione dell'eredità come se fosse attualmente possessore, ovvero come se avesse ancora il possesso dei beni in tutto o in parte alienati a terzi.

In questo brano torna nuovamente la contrapposizione fra possessore in buona o in mala fede (*praedo*): una distinzione che, però, in questa specifica ipotesi non comporta alcuna differenza di disciplina. Secondo l'opinione di Giuliano – riportata ancora una volta da Ulpiano – in entrambi i casi, infatti, se il possessore (di buona o di mala fede) abbia pagato all'attore che esercita la *petitio hereditatis* ciò che ha esatto dai debitori, questi ultimi saranno automaticamente (*ipso iure*) liberati.

D. 5.3.25.17a (Ulp. 15 *ad ed.*): *Quid tamen si is qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum. Certe si minori pretio res venierint et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici exceptione eum summo vereri. Nam et si id quod a debitoribus exegit possessor petitori hereditatis solvit, liberari debitoribus Iulianus libro quarto digestorum scribit, sive bonae fidei possessor sive praedo fuit qui debitum ab his exegerat, et ipso iure eos liberari.*

⁴⁷ Il brano, come spesso avviene, esordisce con 'parimenti' («*item*»), creando così una concatenazione logico-consequenziale rispetto al brano immediatamente precedente, al quale effettua un implicito rimando quanto alle conclusioni in punto di effetti giuridici. Il paragone così creato tra le fattispecie oggetto dei due passi rende, dunque, imprescindibile una lettura di quello che precede, ossia D. 5.3.25.16 (Ulp. 15 *ad ed.*). Quest'ultimo affronta la questione relativa all'eventualità che il possessore dei beni ereditari abbia consumato parte di essi, interrogandosi se quanto egli abbia speso debba essere imputato interamente all'eredità oppure in parte al suo patrimonio personale: «*Quod autem quis ex hereditate erogavit, utrum totum decedat an vero pro rata patrimonii eius? Ut puta penum hereditarium ehibit: utrum totum hereditarii expensum feratur an aliquid et patrimonio eius? Ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ante delatam hereditatem: ut si quid lautius contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior, in statutis vero suis sumptibus videatur factus locupletior: utique enim etsi non tam laute erogasset, aliquid tamen ad victum cotidianum erogasset. Nam et divus Marcus in causa Pythodori, qui rogatus erat quod sibi superfuisset ex hereditate reddere, decrevit ea, quae alienata erant non minuendi fideicommissi nec pretium in corpus patrimonii Pythodori redisse, et ex proprio Pythodori patrimonio et ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate. Et nunc igitur statuti sumptus utrum ex hereditate decedent exemplo rescripti divi Marci an ex solo patrimonio, videndum erit: et verius est, ut ex suo patrimonio decedant ea quae et si non heres fuisset erogasset.*»

⁴⁸ La locuzione «*venum dedit*» è espressione arcaica per indicare la vendita («*dedit*» è infatti il perfetto del verbo «*dare*»). L'espressione ricorre in diverse fonti, fra cui la celeberrima norma delle Dodici Tavole che sanziona con la perdita della *patria potestas* il *pater familias* in caso di triplice vendita del proprio *filius* (Tab. 4.1: «*Si pater ter filium venum duit, filius a patre liber esto*»). Detta norma, com'è noto, sarà utilizzata dai Pontefici ai fini della creazione dell'istituto dell'*emancipatio*, frutto appunto dell'*interpretatio pontificum*.

6. *Possessio pro herede* e altri istituti ‘fattuali’ in ambito ereditario: l’*usucapio pro herede*

6.1 L’*usucapio pro herede*: requisiti, condizioni ed effetti

L’indagine in merito alla sussistenza e ai contorni di un precedente romanistico dell’odierno erede apparente deve, infine, tenere conto di un’ulteriore peculiare figura, presente nel diritto romano fin dalle origini. Si tratta di un istituto ampiamente dibattuto in dottrina, in virtù della sua forte problematicità, frutto anche delle trasformazioni subite nel corso dei secoli⁴⁹. Il riferimento è all’*usucapio pro herede*⁵⁰,

⁴⁹ Come rilevato da M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 692: «L’*usucapio pro herede* presenta problemi fra i più controversi, anche per le profonde trasformazioni subite da questa figura».

⁵⁰ L’istituto dell’*usucapio pro herede* non è oggetto di pari approfondimento nei manuali istituzionali. Per le trattazioni più puntuali si vedano, in particolare: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 556 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 233 ss., 237 ss.; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 316 ss. (già in A. Burdese, *Gli istituti del diritto privato romano*, cit., pp. 214 ss.); A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 459 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 340 ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 424 ss., 692 ss.; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 351 ss., 730 ss.; si vedano, inoltre, G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 142, 174 ss.; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 89, 111; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., pp. 362 ss. Un cenno, seppur implicito, si ritrova anche in G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, cit., p. 299, il quale nel trattare l’istituto dell’*usucapione* individua il suo precedente storico nell’antico meccanismo acquisitivo dell’*usus*. Egli sottolinea infatti che, mentre l’*usucapio* fu «costruita dai giuristi come un modo d’acquisto della proprietà (e solo di questa), basato sul perdurare per un determinato periodo di tempo della *possessio* su una *res*», l’*usus* aveva un ambito di applicazione più ampio, tale da comprendere il concreto esercizio di ogni situazione di potere, come la *manus maritalis* nei confronti della moglie o, appunto, il potere dell’erede sull’*hereditas*. Tutte queste situazioni di potere – diverse nella forma, ma analoghe nella sostanza – laddove fossero perdurate per un anno o per un biennio, secondo la nota regolamentazione delle XII tavole, sarebbero state acquisite definitivamente in capo a chi di fatto già da tempo le esercitava. L’allusione dell’Autore all’istituto dell’*usucapio pro herede* è implicita. Per approfondimenti specifici sull’istituto dell’*usucapio pro herede* e per ulteriori riferimenti bibliografici, si vedano, fra gli altri: J. M. Foncillas, *La ‘usucapio pro herede’*, in *RCDI*, 82-86 (1931-1932); H. Krüger, *Die ‘usucapio pro herede’ nach klassischem Recht*, in *ZRG*, 54 (1934), pp. 80-97; P. Collinet, *Les variations de l’usucapion ‘pro herede’ avant Hadrien*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, vol. 4, Castiglia, Palermo 1936, pp. 131-145; G. Gandolfi, *Sull’origine della ‘usucapio pro herede’*, in *BIDR* 61 (1958), pp. 271-293; G. Franciosi, *Usucapio pro herede: contributo allo studio dell’antica hereditas*, Jovene, Napoli 1965; con recensioni di F. Gallo, *Rec. G. Franciosi, Usucapio pro herede*, in *SDHI*, 32 (1966), pp. 416-426 e di T. Mayer-Maly, *Rec. G. Franciosi, Usucapio pro herede*, in *Labeo*, 14 (1968), pp. 214-224; C. St. Tomulescu, *Gaius 2, 55 e l’usucapio pro herede*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. 4, Giappichelli, Torino 1971, pp. 417-455; G. Mac Cormack, *Usucapio pro herede, res hereditariae and furtum*, in *RIDA*, 25 (1978), pp. 293-305; E. Gomez-Royo, *‘Bona fides’ und ‘usucapio pro herede’*, in *RIDA*, 39 (1992), pp. 167-184; A. Castro Sáenz, *Aproximacion a la ‘usucapio’ pro herede*, in *RIDA*, 45 (1998), pp. 143-208; G. Coppola Bisazza, *‘Usucapio pro herede’ - ‘aditio hereditatis’: un rapporto da chiarire*, in *Riv. dir. rom.*, 11 (2011). Per osservazioni e approfondimenti sull’etimologia del termine ‘*usucapio*’ nel suo significato generale, si veda *Lexicon totius latinitatis, s.v. usucāpio, ōnis* (f. 3), p. 881: («*usus et capio*»); nonché *ibid.* la relativa voce verbale *usucāpio, cāpis, cēpi, captum, cāpēre* (a. 3) entrambi in: «*usurpatur etiam divisim, sive citra compositionem*»; sempre in tema di *usucapione*, si vedano inoltre F. Fabbrini, *s.v. Usucapione (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 20, Utet, Torino 1975, pp. 280-291; G. Bortolucci, *s.v. Usucapio*, in *N. dig. it.*, vol. 12/2, Utet, Torino 1940, pp. 772-775; A. Butera, *s.v. Usucapione*, in *Dig. it.*, vol. 24, Utet, Torino 1921, pp. 115-120; L. Vacca, *s.v. Usucapione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 45, Giuffrè, Milano 1992, pp. 989-1022; M.

una forma «anomala»⁵¹ di usucapione che – assieme all'altro peculiarissimo istituto rappresentato dall'*usureceptio*⁵² – si conserva in diritto classico come residuo di un antico regime di età arcaica, che non richiedeva i requisiti della *bona fides* e della *iusta causa*⁵³.

Comporti, s.v. *Usucapione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 32, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1994, pp. 1-11 e, a seguire, V. Canale, s.v. *Usucapione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani (postilla di aggiornamento)*, vol. 32, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 2007, pp. 1-3.

⁵¹ La qualificazione dell'*usucapio pro herede* e dell'*usureceptio* come «due ipotesi anomale di usucapione» è di A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 316.

⁵² Nel diritto romano arcaico e classico l'istituto dell'*usureceptio* era una sorta di usucapione, che si compiva in presenza di particolari circostanze, sebbene il possessore fosse consapevole che il bene apparteneva ad altri. In questi casi l'effetto acquisitivo si produceva a prescindere dal requisito della buona fede: tale circostanza viene messa a confronto con l'analogo regime dell'*usucapio pro herede*, il che porterebbe a concludere che si tratti di un aspetto connotante in generale l'antico regime dell'usucapione. I due principali casi di applicazione dell'*usureceptio* sono tramandati dalle *Istituzioni* gaiane (Gai 2.59-61). Secondo Gaio l'*usureceptio* poteva avvenire *fiduciae* o *praediatursae causa*: il primo caso (*fiduciae causa*) riguardava l'ipotesi in cui la cosa fosse stata trasmessa ad altri in fiducia, cioè con l'intesa che in determinate circostanze l'acquirente dovesse restituirla all'alienante. In questo caso l'*usureceptio* avvantaggiava il debitore fiduciante che possedeva la *res* che oramai era di proprietà del fiduciario, salvo che, in caso di fiducia *cum creditore*, prima dell'adempimento non l'avesse ricevuta da questi a titolo di locazione o di precario. La seconda ipotesi di *usureceptio* (*praediatursae causa*) riguardava il procedimento esecutivo contro l'appaltatore di opere e imposte pubbliche e i suoi garanti (*praedes*). Avveniva, cioè, a beneficio di chi possedeva un fondo attribuito allo Stato a titolo di garanzia reale e che, in seguito all'inadempimento del credito garantito, era stato alienato. Sul tema si veda Gai 2.59-61: «59. *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, si mobilis sit, biennio, soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.* 60. *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usus capio competit.* 61. *Item si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possederit, concessa est usus receptio: sed et hoc casu praedium biennio usurecipitur: et hoc est, quod volgo dicitur ex praediatursae possessionem usurecipi: nam qui mercatur a populo, praediator appellatur.*

⁵³ Per un approfondimento sulla definizione e sui caratteri dell'istituto dell'*usureceptio* si vedano: A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 316; Id., *Gli istituti del diritto privato romano*, cit., pp. 214. Si vedano anche le voci di G. Franciosi, s.v. *Usureceptio*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 20, Utet, Torino 1975, pp. 388-390; G. Bortolucci, s.v. *Usureceptio*, in *N. dig. it.*, vol. 12/2, Utet, Torino 1940, pp. 806-807; nonché V. Arangio-Ruiz, s.v. *Usureceptio*, in *Enc. giur. Treccani – Appendice*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1938, pp. 1104-1105, ai quali si rinvia per ulteriore bibliografia. Si ricorda inoltre R. W. Turner, *The equity of redemption*, in *Harv. L. Rev.*, 45/7 (May 1932), pp. 1279-1281: «Closely related to the rule in regard to *furtum* is *usureceptio ex fiducia*, a form of acquisition analogous to *usucapio* which shows us that, although the debtor had parted with all rights *in rem*, he could reacquire them by a mode other than reconveyance by the creditor, namely, possession of the *res* for a certain time. Fully stated the rule was that "a *res* conveyed subject to *fiducia* could be reacquired by getting possession without good faith and holding for a year"». Fra i più recenti contributi sul tema, si segnala: F. La Rosa, *Alla ricerca dell'usureceptio*, in *Legal Roots*, 1 (2012), pp. 121-125. Per l'etimologia di '*usureceptio*' si veda *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *usureceptio*, *ōnis* (f. 3), p. 882: «*actus recipiendi ea, quae prius possidebantur, restituito dominii*», a cui segue la citazione del passo delle *Institutiones* di Gaio sopra riportato (Gai 2.59); nonché *ibid.* la relativa voce verbale *usureceptio*, *cipis*, *cēpi*, *cipere* (a. 3): «(*usus et recipio*) *recipio ex usu id, quod antea possederam*», a cui è annesso il brano gaiano già citato (Gai 2.61), oltre il rinvio alla voce «*praediatursae*». Infine, per la trattazione manualistica dell'istituto dell'*usureceptio* si vedano: P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 361; A. Burdese, *Manuale*

Nella sua configurazione più antica l'*usucapio pro herede* consentiva ad un soggetto – diverso dal chiamato all'eredità – di acquistare attraverso il possesso delle cose ereditarie non semplicemente la proprietà di tali *res*, bensì la titolarità dell'*hereditas* e la qualifica di *heres*. La produzione di un simile effetto esigeva, però, l'esistenza di alcuni presupposti fondamentali, in assenza dei quali l'istituto non avrebbe trovato spazio.

Anzitutto, il requisito di base per l'operatività del meccanismo in questione riguardava le cose possedute, che dovevano essere *res* effettivamente appartenenti ad una *hereditas*. Non era possibile, infatti, usucapire *pro herede* beni di proprietà di soggetti ancora in vita neppure nell'ipotesi in cui il possessore ritenesse per errore che si trattasse di cose appartenenti ad un defunto.

D. 41.5.1 (Pomp. 32 *ad Sab.*): *Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit.*

Al contrario, era necessario che l'usucapiente fosse consapevole di aver acquistato il possesso di cose ereditarie. Non era, perciò, sufficiente l'oggettiva 'ereditarietà' delle *res* possedute, ma occorreva anche che la loro natura ereditaria coinvolgesse il piano soggettivo, essendo richiesta la piena coscienza in tal senso da parte del possessore *pro herede*. Tale necessaria consapevolezza non investiva, però, anche la supposta qualifica di *heres*: non era, cioè, richiesta ai fini dell'usucapione la convinzione in capo al soggetto possessore di essere il legittimo chiamato all'eredità. L'integrazione della fattispecie non era, infatti, impedita dalla percezione di non essere stato individuato come *heres*: il che è quanto dire che l'*usucapio pro herede* non richiedeva per la sua operatività la buona fede del *possessor*, il quale poteva usucapire la totalità dell'*hereditas* anche trovandosi in uno stato di mala fede.

Ulteriori requisiti necessari per l'*usucapio pro herede* riguardavano, poi, le persone degli eredi. Affinché l'eredità potesse essere usucapita *pro herede* doveva trattarsi di un'eredità deferita ad un *extraneus*, in quanto in presenza di *heredes sui et necessarii*⁵⁴ – ai quali si affiancavano gli *heredes necessarii tantum*, ossia gli schiavi manomessi e istituiti eredi dal *de cuius* – l'usucapione era esclusa⁵⁵.

di diritto privato romano, cit., p. 316; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 751 e 860; M. Marone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 469 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 544; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 294; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., p. 363; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 424, 478, 554; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 351 ss.

⁵⁴ Il diritto ereditario romano distingueva gli eredi in *heredes necessarii* ed *heredes voluntarii o extranei*. Questi ultimi (Gai 2.161-162) per acquistare il titolo di eredi e subentrare nei rapporti patrimoniali del *de cuius* dovevano manifestare la propria volontà di accettare l'eredità attraverso una dichiarazione solenne (*cretio*) o, in alternativa, un comportamento concludente (*pro herede gestio*). I primi, al contrario, acquistavano l'eredità automaticamente al momento della delazione. Essi diventavano cioè eredi *ipso iure*, senza bisogno di un atto espresso o tacito di accettazione dell'eredità, ma senza neppure la possibilità di rifiutarla. Gli *heredes necessarii* a loro volta si distinguevano in due sotto-categorie: da una parte gli *heredes sui et necessarii* (Gai 2.156-157), i soggetti che erano sottoposti alla *patria potestas* dell'ereditando, fra cui i figli (cui era equiparata la moglie *in manu*, che come già ricordato era per il marito *loco filiae* e per i propri figli *loco sororis*: cfr. *supra*, nota 33), i nipoti e i successivi discendenti divenuti *sui iuris* alla sua morte («*veluti filius filiave, nepos nepotisque ex filio, et deinceps ceteri qui modo in potestate morientis fuerunt*»); dall'altra quelli *necessarii tantum* (Gai 2.153), ossia gli schiavi ma-

Gai 2.58: *Suo et necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest.*

Oltre a ciò, la persona che possedeva i beni ereditari per poterli usucapire *pro herede* doveva essere provvista della capacità di ricevere per testamento (cosiddetta '*testamenti factio passiva*'). Trattasi, in verità, di un requisito piuttosto evidente, tanto che lo stesso Paolo introduce l'affermazione con il verbo «*constat*». Consentire a colui che fosse privo della capacità di essere erede di acquisire tale titolo mediante

nomessi e contestualmente istituiti eredi dal testatore. La distinzione tra le due categorie di *heredes necessarii* si coglie soprattutto con riferimento alle diverse facoltà concesse agli stessi in caso di cosiddetta '*hereditas damnosa*', in cui la componente passiva è superiore a quella attiva. In questo caso i *necessarii heredes*, non potendo rifiutare l'eredità, sarebbero rimasti esposti al pregiudizio economico conseguente alla confusione fra il proprio patrimonio personale e quello del *de cuius*, essendo chiamati a rispondere dei debiti ereditari *ultra vires*. Per evitare loro tale responsabilità, il testatore poteva corredare l'istituzione di erede con la clausola '*si volet*', rimettendo così l'acquisto alla volontà del chiamato [cfr. D. 28.5.87(86) (Maec. 7 *fideicom.*); D. 28.7.12 (Herm. 3 *iuris epitom.*)]. Inoltre, il pretore concesse il cosiddetto *ius abstinendi*, ossia la facoltà di astenersi dall'acquisto ereditario a condizione che il soggetto fosse pubere e non si fosse 'unito all'eredità' [*'se immiscere hereditati*'], cfr. D. 29.2.57 (Gai 23 *ad ed. prov.*) e Gai 2.158-160]. L'*abstentio* esplicava i propri effetti sul piano del *ius honorarium*: il *suus* che avesse esercitato il *ius abstinendi* rimaneva *ex iure civili* erede, ma non era considerato tale dal pretore, il quale denegava le azioni ereditarie a suo favore e a suo carico. Tale beneficio riguardava però esclusivamente l'*heres necessarius et suus*; al contrario, alla categoria degli *heredes necessarii tantum*, in cui rientravano gli schiavi manomessi e istituiti eredi nel testamento, il pretore accordava soltanto il cosiddetto *beneficium separationis* (o *separatio bonorum*), attraverso il quale i beni eventualmente acquistati dopo la morte del padrone potevano essere sottratti all'esecuzione patrimoniale da parte dei creditori, a cui rimanevano esposti soltanto i beni ereditari (Gai 2.154-155). La *bonorum venditio* della massa ereditaria avveniva, però, contro il liberto, onde evitare che il nome del defunto fosse adombrato dall'*infamia* conseguente al procedimento esecutivo. Anzi, era prassi frequente che i testatori nominassero erede il proprio schiavo manomesso proprio al fine di riversare su di lui le conseguenze infamanti della *bonorum venditio*. Sugli *heredes necessarii* si rinvia all'esposizione dei manuali: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 552; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 450; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 677 ss.; G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, cit., pp. 238 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 454 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 608 ss.; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, cit., pp. 524 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 700 ss.; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 379 ss.; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., p. 465; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 675, 685 ss., 697 ss.; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 717, 722. Si veda inoltre P. Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. 1, *Introduzione, parte generale*, Giuffrè, Milano 1967, pp. 577 ss.

⁵⁵ Secondo M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 693 l'istituto dell'*usucapio pro herede* rinviene probabilmente la sua origine in un'epoca in cui «in mancanza dei *sui*, non vi era ancora un diritto degli *agnati ad habere familiam*, tutelato prima dell'effettiva presa di possesso mediante la *cretio*»: in questo caso chi avesse compiuto l'*adprehensio pro herede* non avrebbe commesso una violazione del diritto altrui. Contrariamente a quanto da altri sostenuto, ciò porterebbe a concludere che l'*usucapio pro herede* sia risalente ad un'epoca assai remota. Secondo l'Autore l'*usucapio pro herede* manifestò la sua natura di «istituto dai tratti particolari, quando se ne ammise la ricorrenza anche in concorso del diritto degli *agnati a familiam habere*, tutelato nei confronti di qualsiasi terzo». Tuttavia, non ne vengono individuati i motivi, che rimangono tuttora oscuri, essendo «dubbio se nella configurazione arcaica la *possessio pro herede* dovesse avere ad oggetto tutto il patrimonio ereditario per portare all'acquisto dell'eredità». Dopodiché l'Autore precisa che «rispetto alla disposizione decemvirale dell'*usus auctoritas*, il termine di un anno è spiegato da Gai 2.54 con il fatto che l'*hereditas* in sé considerata non è una *res soli*, ma è dubbio che tale spiegazione vada bene per il periodo delle origini».

usucapione avrebbe, infatti, condotto a risultati palesemente contraddittori; anzi, avrebbe portato ad un vero e proprio aggiramento in via di fatto di un divieto legale o, in generale, di un impedimento giuridico diretto proprio a precludere ad un certo soggetto di subentrare nella posizione dell'ereditando.

D. 41.5.4 (Paul. 5 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Constat eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse.*

Infine, con riferimento ai soggetti terzi, era necessario che nessuno prima dell'aspirante usucapiente avesse posseduto le cose ereditarie e, più in particolare, occorreva che quelle stesse *res* non fossero cadute nella disponibilità dell'*heres extraneus*. Altrimenti, laddove quest'ultimo si fosse impossessato della massa ereditaria, l'eventuale acquisizione di quei beni da parte di un terzo avrebbe configurato un'ipotesi di spossessamento, tale da integrare gli estremi del *delictum* di *furtum*⁵⁶, precludendo a maggior ragione ogni possibilità di usucapione.

Al contrario, fin dall'epoca antica non costituiva furto l'eventuale appropriazione da parte di un terzo di cose ereditarie prima che l'*heres extraneus* ne avesse conseguito il possesso, rendendo così del tutto ammissibile in tale ipotesi l'operatività dell'*usucapio pro herede*.

Gai 2.52: *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, velut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem. Quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.*

Sussistendo tali condizioni⁵⁷, si verificava in origine quella che nelle fonti viene definita l'*adprehensio pro herede*, ossia un'apprensione dell'eredità idonea a determinare, in capo ad un anno, l'acquisto della titolarità della stessa. Al ricorrere dei citati requisiti, il soggetto era considerato un *iustus possessor* dei beni ereditari: si riteneva, infatti, che questi avesse conseguito la disponibilità dei beni ereditari in base ad una *causa possessionis* e che, dunque, egli possedesse *pro herede*. Con la conseguenza che, decorso un anno, pur non sussistendo la *bona fides*, egli acquistava la piena titolarità dell'*hereditas*⁵⁸. Rispetto alla produzione di tale effetto, peraltro, non rivestiva alcuna rilevanza la natura mobile o immobile del bene posseduto. Gaio afferma, infatti, che questo era il solo caso di usucapione annuale di immobili, per

⁵⁶ Al *furtum* è dedicato il titolo secondo (*De furtis*) del libro 47 del *Digesto*. In particolare, cfr.: D. 47.2.1 (Paul. 39 *ad ed.*); D. 47.8.2 (Ulp. 56 *ad ed.*). Si vedano, inoltre, i seguenti passi ad esso riferiti: Gai 3.195; Gai 3.183 ss.; Gai 4.8; Gai 3.209; Cic., *Pro Tull.* 3.7 e 13.31. Per alcuni essenziali riferimenti bibliografici in tema di *furtum* si rinvia al prossimo capitolo: cap. 3, par. 3.1, nota 38.

⁵⁷ Che questi siano i requisiti dell'*usucapio pro herede* è opinione condivisa da P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 238, il quale li riassume in questi termini: «[...] che non si può usucapire se non cose di cui l'erede vero non abbia avuto il possesso, che non si può usucapire contro l'*heres suus* e si può invece in qualunque tempo revocare questa usucapione, intentando la petizione di eredità o l'interdetto *quorum bonorum*».

⁵⁸ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 692-693.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica
l'acquisto dei quali era normalmente richiesto che il possesso si protrasse per almeno due anni.

Gai 2.53: *Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur.*

È lo stesso Gaio a riferirci anche la *ratio* di tale eccezione alla regola generale – com'è noto risalente alle XII tavole⁵⁹ – che riservava il breve termine annuale a tutte le altre cose che non fossero assimilabili ai *fundi*. Egli spiega che in origine l'eredità era considerata compresa nelle *ceterae res*, poiché non era certamente analoga ad un fondo; anzi, a ben vedere non si trattava neppure di una cosa necessariamente corporea, dal momento che poteva comporsi anche di crediti o debiti, cioè di *res incorporeales*. Dopodiché la regola dell'usucapione annuale, nata in relazione all'*hereditas* come universalità di beni, fu estesa anche con riferimento ai singoli beni facenti parte della massa ereditaria, a prescindere dalla loro natura, rendendo così del tutto irrilevante ai fini della relativa *usucapio* la distinzione fra *res mobiles* o *immobiles*.

Gai 2.54: *Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno: lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est [quia neque corporalis est]; et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit.*

6.2 L'*usucapio pro herede*: *ratio* originaria e sua evoluzione nel mutato contesto storico

Quanto alla *ratio* dell'*usucapio pro herede*, la dottrina ritiene che, trattandosi di un istituto di età arcaica, il suo fondamento sia da rinvenire nell'ambito dei caratteri tipici di quell'epoca e, in particolare, nella forte attenzione al sentimento di religiosità. Per questo è stato ipotizzato che l'*usucapio pro herede* fosse frutto della giurisprudenza pontificale, la quale, preoccupata di assicurare un continuatore ai *sacra* del defunto, avrebbe predisposto un meccanismo per acquisire in breve tempo (un anno) l'*hereditas* come complesso unitario, possedendo i beni che ne facevano parte⁶⁰.

La giustificazione politico-legislativa dell'istituto⁶¹ viene, dunque, collegata alla necessità di sollecitare il chiamato ad adire quanto prima possibile, o comunque più

⁵⁹ Tab. 6.3: «*Usus auctoritas fundi biennium est [...] ceterarum rerum omnium [...] annuus est usus*».

⁶⁰ A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 316.

⁶¹ Secondo M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 693 «è dubbio se l'introduzione dell'*usucapio pro herede* fosse dovuta a considerazioni politico-legislative del genere, che possono aver eventualmente avuto un ruolo nel perdurare dell'istituto ed influito sulla trasformazione dello stesso da modo di acquisto dell'*hereditas* a quello della proprietà delle singole cose ereditarie». Egli riconduce tale trasformazione alla fine del II secolo a.C., ipotizzando che sia avvenuta in concomitanza con l'introduzione della *bonorum venditio*, esperibile infatti anche sul patrimonio del defunto che fosse privo

rapidamente, l'eredità delata («*maturius hereditates adiri*»), dietro minaccia di perdere la titolarità della stessa, che poteva essere usucapita da colui che l'avesse, anche in mala fede (ossia pur consapevole di non essere il chiamato) posseduta per un anno. Tutto questo avveniva al fine di scongiurare un duplice rischio e assicurare due diverse, ma parimenti fondamentali, esigenze: anzitutto un interesse pubblico, volto a preservare l'integrità della sfera religiosa, garantendo la presenza di qualcuno su cui far gravare l'onere della continuazione dei *sacra*; inoltre, l'interesse di carattere privato relativo all'individuazione di un soggetto contro il quale potesse indirizzarsi l'azione degli eventuali creditori ereditari.

Gai 2.55: *Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.*

In proseguo di tempo, in particolare nel diritto classico, l'*usucapio pro herede* modificò in parte i propri connotati e cominciò ad essere ammessa con riferimento non più all'*hereditas* come complesso unitario, bensì alle singole *res hereditariae*. Allo stesso tempo, però, mantenne le due peculiari caratteristiche presenti già in età arcaica, relative al termine annuale e alla non necessarietà della *bona fides* e della *iusta causa*. Di conseguenza, l'*usucapio pro herede* continuava a potersi compiere sia in capo a colui che fosse consapevole di non essere *heres*, sia a colui che si reputasse tale in base ad un titolo in verità invalido⁶².

Tuttavia, un simile modo di acquisto dei singoli beni ereditari (presi nella loro singolarità e non come complesso unitario), del tutto scisso dal requisito della *bona fides*, non tardò a manifestare la sua inadeguatezza. Infatti, se l'assenza della buona fede soggettiva del possidente non rappresentava probabilmente un problema in età arcaica – ossia un'epoca in cui la violazione dei *boni mores* era un'eventualità minimamente diffusa⁶³ – altrettanto non vale per i secoli successivi, quando il rispetto della buona fede, intesa come ignoranza di ledere l'altrui sfera giuridica, diviene meno scontato. Evidentemente le dinamiche alla base di questo cambiamento sono per lo più mosse dalla prospettiva di conseguire un profitto patrimoniale; ecco perché Gaio nel descrivere questo particolare tipo di usucapione non esita a definirla «*lucrativa*»⁶⁴, proprio in quanto volta a «*lucrificazione*» (Gai 2.56) e, con un aggettivo

di eredi, «rispecchiandosi nella più recente regolamentazione pontificale dei *sacra*, (da riportare a Q. Mucio Scevola, il *pontifex maximus*)».

⁶² A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 316.

⁶³ La maggiore 'correttezza' propria dell'epoca arcaica era dovuta, da un lato, all'inferiore sviluppo delle relazioni private, dall'altro, al forte sentimento religioso connotante questa fase storica, che conduceva il più delle volte i singoli a rispettare i dettami di carattere religioso (che prima ancora erano di carattere etico), al fine di preservare l'equilibrio sociale e sacrale della *civitas*.

⁶⁴ Per l'etimologia e il significato dell'aggettivo '*lucrativa*' si vedano *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *lucratus, a, um*, p. 116: «*ad lucrum pertinens*»; *Thesaurus linguae Latinae*, s.v. *lucratus, -a, -um*, pp. 1713-1714: *a lucrari*; *Lexicon Latinitatis Netherlandicae Medii Aevi*, s.v. *lucratus, a, um*, p. 2859: «*winstgevend, lucrum afferens*»; *Lexicon mediae et infimae Latinitatis Polonorum*, s.v. *lucratus, -a, -um*, p. 1536: «*lucrosus, lucrum afferens*», nonché in senso traslato, come riferito alle persone (*de hominibus*), «*aliquid appetens, cupidus, avidus alicuius rei*».

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica che esprime un chiaro giudizio di disvalore, addirittura «*improba*»⁶⁵ (Gai 2.55). Espressione, quest'ultima, che noi potremmo tradurre come 'ingiusta', in quanto svincolata dai requisiti che il *ius civile* normalmente imponeva per il possesso «*ad usucapionem*»; o, volendo valorizzare maggiormente l'aspetto soggettivo-psicologico, come 'disonesta', in quanto non preclusa neppure a fronte della *mala fides*, potendo il soggetto acquistare l'*hereditas* anche se consapevole di invadere la sfera altrui.

Gai 2.56: *Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur: nam sciens quisque rem alienam lucrifacit.*

La percezione dell'inadeguatezza dei connotati di tale istituto, in particolar modo della 'lucratività', portò dunque alla necessità della loro abolizione, la quale tuttavia, come rilevato da Mario Talamanca, «avvenne secondo lo stile romano gradualmente»⁶⁶.

Un primo cambiamento si ebbe già con l'imperatore Adriano, il quale ammise l'esercizio dell'azione di petizione dell'eredità da parte dell'*heres* contro chi in mala fede avesse usucapito *pro herede* una cosa ereditaria. Il senatoconsulto adrianeo, in particolare, consentiva all'erede vero di cancellare, sperando la *petitio hereditatis*, gli effetti dell'*usucapio pro herede* compiuta a favore del possessore di mala fede. Quanto alla natura di tale azione, essa aveva una funzione che oggi definiremmo «rescissoria, in quanto, se non veniva esperita, l'acquisto restava efficace»⁶⁷.

La definitiva scomparsa dell'istituto, tuttavia, avvenne soltanto sotto Marco Aurelio, il quale introdusse un'apposita fattispecie criminosa, la cui condotta consisteva proprio nell'impossessamento di cose ereditarie (*crimen expilatae hereditatis*). Da questo momento in poi, dunque, l'appropriazione di cose ereditarie – che, come visto, secondo il *ius civile* non configurava *furtum*⁶⁸ – non soltanto non consentì più di addivenire al risultato dell'*usucapione*, ma perse ogni profilo di legittimità, essendo configurata alla stregua di un *crimen*, reprimibile *extra ordinem*. Di conseguenza, la *bona fides* diventò elemento costitutivo dell'*usucapio pro herede*, la quale produceva effetti soltanto quando il *possessor pro herede* avesse ottenuto il possesso in buona fede. Al contrario, un'*adprehensio* accompagnata dalla consapevolezza dell'altruità della cosa (o circa la propria qualità di 'non *heres*') non avrebbe prodotto alcun effetto e non avrebbe consentito, dunque, di acquisire l'*hereditas*, a prescindere dall'esercizio o meno della *petitio hereditatis* da parte del 'vero' *heres*.

⁶⁵ Anche in questo caso per approfondimenti lessicali e semantici dell'aggettivo '*improba*' merita confrontare *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *improbus vel inprobus, a, um*, pp. 751-752: (*in negat. et probus*); *Thesaurus linguae Latinae*, s.v. *improbus, -a, -um*, pp. 689-690: «*ab in et probus*»; *Lexicon Latinitatis Nederlandicae Medii Aevi*, s.v. *improbus, a, um*, pp. 2375-2376: «*schlecht, genere malus*»; *Lexicon mediae et infimae Latinitatis Polonorum* s.v. *improbus s. inprobus, -a, -um*, p. 231: «*non probus, malus [...] turpis*», ma anche «*iniquus, pravus, flagitiosus*».

⁶⁶ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 693.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Sul *furtum* cfr. *supra*, nota 56.

Gai 2.57: *Sed hoc tempore iam non est lucrativa: nam ex auctoritate divi Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heredes ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.*

Così configurato l'istituto sopravvisse nella compilazione giustinianea, la quale per la verità, nel confermarne la vigenza, ne annacquò i confini, dilatandone il contenuto e identificando con lo stesso *nomen* 'usucapio pro herede' due diverse fattispecie.

La prima di esse era l'usucapione dell'erede apparente, ossia di colui che, pur non essendo erede, possedeva in buona fede l'eredità e le cose ad essa pertinenti, e corrispondeva dunque a quella «usucapio lucrativa» di cui parlava Gaio (Gai 2.56)⁶⁹. Circa la configurazione di tale istituto nell'ambito della compilazione, la dottrina ha ipotizzato che Giustiniano, volendo abolire questa peculiare figura di usucapione, eliminò dalle proprie *Institutiones* i passi in cui Gaio se ne occupava, estendendo il requisito della *bona fides*⁷⁰ per ogni usucapione e sostituendo l'originario termine annuale dell'*usucapio pro herede*⁷¹ con i nuovi termini di tre, dieci o venti anni. Mantenne, invece, le altre caratteristiche proprie dell'istituto, ossia l'assenza di *heredes sui* e il mancato conseguimento del possesso dei beni ereditari da parte dell'erede⁷².

Da non confondere con l'ipotesi appena descritta dell'*usucapio pro herede* dell'erede 'apparente' è la diversa ipotesi dell'usucapione compiuta da parte dell'erede 'vero' su cose falsamente credute ereditarie. La validità di tale forma di usucapione era discussa in età classica: questa, infatti, fondandosi sull'erronea convinzione da parte del vero erede che il defunto, da cui aveva correttamente acquistato l'eredità, avesse posseduto i beni ereditari a titolo di proprietà, era ammessa «da quei giuristi che riconoscevano l'efficacia del cosiddetto titolo putativo, cioè la giusta causa meramente immaginaria o presunta»⁷³. Questa seconda fattispecie di usu-

⁶⁹ Sull'*usucapio pro herede* merita citare l'opinione di P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 437 ss., secondo cui tale figura «non era altro nel diritto classico se non la *lucrativa pro herede usucapio*, cioè una di quelle figure eccezionali, cui non si applicavano i nuovi requisiti della *iusta causa* e della *bona fides*».

⁷⁰ Ancora il riferimento è a Pietro Bonfante: ivi, p. 238, il quale definisce il requisito della *bona fides* in questi termini: «La buona fede non è altro che il comportarsi da persona onesta nella presa di possesso: in altri termini, la coscienza di non far torto al legittimo possessore». L'Autore precisa poi che nell'usucapione il «presupposto è in generale un errore: che si creda di ricevere dal proprietario o da un suo rappresentante o almeno di non tener la cosa da padrone contro il suo consenso. La credenza di essere diventato proprietario in base a un negozio d'acquisto non è necessaria».

⁷¹ L'antica *usucapio pro herede*, come accennato, si compiva in un solo anno anche con riferimento ai beni immobili.

⁷² *Ibid.*: «Ma distrutte queste due troppo visibili e gravi caratteristiche, forse gli parve di aver conciliato abbastanza l'usucapione *pro herede* con il tipo normale, onde la mantenne con tutte le particolarità della sua essenza primitiva e del suo sviluppo ulteriore [...]».

⁷³ Questa è la conclusione di Bonfante: ivi, p. 237. Della stessa opinione anche A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 317, secondo cui in caso di usucapione da parte dell'erede vero di cose da lui erroneamente ritenute appartenenti all'eredità «non si tratterebbe comunque di *usucapio pro herede*, bensì di un'ipotesi di titolo putativo».

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

capione venne pure ricondotta da Giustiniano nell'alveo dell'*usucapio pro herede* e di essa, infatti, si trova traccia nel relativo titolo del Digesto.

Inerente al tema è un breve frammento del giurista Pomponio, il quale, pur senza nominare in maniera esplicita l'*usucapio pro herede*, riporta che, almeno stando all'opinione dominante («*plerique putaverunt*»), l'erede (vero, non apparente) avrebbe potuto usucapire una cosa ritenuta erroneamente ereditaria. Tuttavia, come rilevato da Mario Talamanca, in questo caso saremmo di fronte ad «una fattispecie la quale, più che nella *causa pro herede*, rientrava in quella *pro suo*»⁷⁴.

D. 41.5.3 (Pomp. 23 ad *Q. Muc.*): *Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse quae non sit, posse me usucapere.*

Il fraintendimento o la sovrapposizione tra le due diverse figure (usucapione dell'erede 'apparente' dei beni 'realmente' ereditari e usucapione dell'erede 'vero' sui beni 'erroneamente' ritenuti ereditari) è dovuta, in verità – secondo quanto è stato sostenuto – ad una «storica anomalia» contenuta all'interno della compilazione giustiniana⁷⁵, frutto di un equivoco – o meglio un doppio equivoco – in cui sarebbe caduto lo stesso Giustiniano. Questi avrebbe, infatti, per errore annoverato tra le *iustae causae* anche il titolo '*pro herede*': ciò sia con riferimento all'erede 'vero', che possiede cose appartenenti ad altri, ma che egli ritenga in buona fede facenti parte dell'asse ereditario; sia rispetto all'erede 'apparente', che possiede (senza averne titolo, ma in buona fede) l'eredità e le sue pertinenze.

I due equivoci, tuttavia, si collocano su piani diversi e sono connotati da un differente grado di gravità. Il primo (relativo all'*usucapio* del 'vero' erede) è un errore meramente 'formale', ossia di qualificazione⁷⁶: Giustiniano, infatti, nel riconoscere l'operatività di tale meccanismo, inserisce i relativi frammenti nei titoli del Digesto e del *Codex* rubricati '*pro herede*'. Al contrario, il secondo (relativo all'*usucapio pro herede* dell'erede 'apparente') è invece 'sostanziale', perché riporta e ingloba come ipotesi di 'giusta causa' un istituto che, come abbiamo visto, nasce proprio come figura che eccezionalmente si sottrae alla necessità della *iusta causa*, oltre che della *bona fides*. D'altra parte, non avrebbe potuto essere altrimenti, in quanto l'erede apparente «non succede realmente in alcun rapporto e potrà quindi essere in perfetta buona fede, ma il suo possesso non è veramente basato su di una *iusta causa*»⁷⁷.

⁷⁴ Questa volta il riferimento è a M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 694, il quale sottolinea come «l'opinione dei *plerique* sembrerebbe poi disattesa in C. 7.29.4 di Diocleziano», che qui si riporta: C. 7.29.4 (Imp. Diocletianus, Maximianus): «*Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest nec prodesset neque tenenti neque heredi eius potest, nec obtentu velut ex hereditate, quod alienum fuit, domini intentio ullo longi temporis spatio absumitur*».

⁷⁵ L'espressione è di P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 237, autore del giudizio citato.

⁷⁶ *Ibid.*: «Se Giustiniano ha riconosciuto le due cause anomale di usucapione, ciò deriva da un doppio equivoco: il primo più che altro di parole e di forma, il secondo veramente di sostanza».

⁷⁷ Le parole sono ancora di Pietro Bonfante (*ibid.*).

7. Osservazioni conclusive in ordine a *possessor pro herede* ed erede apparente: una parziale affinità

Alla luce delle considerazioni finora svolte, possiamo avanzare qualche osservazione conclusiva in ordine al controverso rapporto tra l'erede apparente e il suo presunto predecessore, il *possessor pro herede*.

L'analisi delle fonti (in particolare della testimonianza di Gaio) ha fatto emergere che la suggestione che ha portato parte della dottrina ad assimilare il concetto moderno di erede apparente a quello romano di *possessor pro herede* deve, a ben vedere, essere ricalibrata. Come abbiamo avuto modo di verificare, fra i due istituti non sussiste una perfetta sovrapponibilità: anzi, gli stessi hanno una portata e un'ampiezza diversa, che peraltro già risulta da un'attenta analisi delle rispettive nomenclature. Queste sono infatti costruite in maniera differente, ruotando, rispettivamente, l'una attorno al concetto di 'eredità', l'altra a quello di 'possesso'. Rispetto al *possessor pro herede*, dunque, il riferimento all'eredità non viene in rilievo come dato primario, bensì come specificazione successiva, che si aggiunge a quella principale rappresentata dal possesso. Certo, trattasi di una specificazione importante, per un duplice ordine di ragioni: da un lato, in quanto idonea a distinguere tale soggetto dall'altra tipologia di *possessor* (quello *pro possessore*); dall'altro, perché parrebbe introdurre una nuova caratterizzazione, relativa all'elemento soggettivo del *possessor*: 'in buona fede' se *pro herede*, 'in mala fede' se *pro possessore*.

Tuttavia, anche questa divisione perde la propria simmetria se meglio si analizzano le parole di Gaio, il quale nel definire il *possessor pro herede* afferma che può essere tale anche «*qui heres est*». Crolla, così, definitivamente l'idea di poter considerare tale figura del diritto romano come il diretto antecedente dell'istituto moderno: tale conclusione, che pareva legittimata dalla prima parte del discorso di Gaio – secondo cui è *possessor pro herede* chi crede di essere erede – si dissolve nel momento in cui alla 'falsa credenza' («*qui putat se heredem esse*») si aggiunge la 'realtà' («*qui heres est*»). Se *possessor pro herede* può essere non solo chi crede di avere il titolo di erede, ma anche chi effettivamente lo abbia, significa che tale qualifica non presuppone necessariamente una situazione di 'apparente' legittimazione, potendo verificarsi anche in presenza di una legittimazione 'effettiva'. Ma, come abbiamo cercato di mettere in rilievo, questa anomala capacità dell'istituto di tenere insieme 'chi è' e 'chi crede di essere', chi ha la qualifica e chi non la ha, si spiega in ragione del fatto che *possessor pro herede* è anzitutto un possessore; al contrario, la disponibilità materiale del bene non è necessariamente richiesta per la qualifica di erede apparente.

Sulla base di tali considerazioni, se non può dunque affermarsi una perfetta sovrapponibilità del *possessor pro herede* rispetto all'erede apparente, alla stregua di un rapporto di discendenza diretta, non può però neppure disconoscersi che fra i due sussista una qualche familiarità, dal momento che almeno in parte le figure corrispondono. Ecco perché, se concordiamo con quella dottrina che ironizza sulla 'diversa vestibilità' degli abiti dell'erede apparente e del *possessor pro herede*, riteniamo però di poter individuare fra i due un legame, se non di parentela, quantomeno di parziale affinità. In entrambi i casi, infatti, siamo in presenza di soggetti che, anche laddove non possiedano la qualifica di erede, sono destinatari di un regime in

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

parte identico a quello dell'erede effettivo. Si tratta, in ultima analisi, di situazioni 'di fatto' che ricevono il medesimo trattamento di quelle 'di diritto'. Leggendo il fenomeno in quest'ottica possono meglio comprendersi le ragioni che hanno suggerito un'assimilazione tra l'istituto moderno e quello antico, pur con tutte le differenze che abbiamo cercato di mettere in luce: due istituti diversi ma al contempo affini, accomunati dalla medesima attenzione alla fattualità, alla quale l'ordinamento sente talvolta il bisogno di riconoscere rilievo giuridico.

Capitolo III

L'apparenza del diritto nell'adempimento dell'obbligazione: creditore apparente, *falsus creditor* e *adiectus solutionis causa*

SOMMARIO: 1. Il creditore apparente e l'*adiectus solutionis causa* nel diritto civile italiano. – 1.1 Il principio di apparenza nel diritto delle obbligazioni: adempimento e pagamento. – 1.2 La legittimazione passiva a ricevere il pagamento e i possibili destinatari dell'adempimento: creditore vero, creditore apparente, *adiectus solutionis causa*. – 1.3 La disciplina del pagamento al creditore apparente nel nostro codice civile: l'articolo 1189. – 2. Il creditore apparente e l'*adiectus solutionis causa* nel diritto romano. – 3. Il creditore apparente nelle fonti giuridiche romane: un caso isolato di *falsus creditor*. – 3.1 La definizione di *falsus creditor* in D. 47.2.43 pr.: una preziosa parentesi. – 3.2 Il *furtum* del *falsus creditor*: la fattispecie contenuta in D. 47.2.43 pr. e la soluzione prospettata da Ulpiano. – 3.3 Gli effetti del pagamento al creditore apparente nel diritto romano e in quello moderno: sanzionabilità del *falsus creditor* e tutela del debitore in buona fede. – 4. L'*adiectus solutionis causa* nelle fonti giuridiche romane. – 5. Osservazioni conclusive in ordine al *falsus creditor* come '*avus*' del creditore apparente: una continuità '*magis speciosa quam vera*'.

1. Il creditore apparente e l'*adiectus solutionis causa* nel diritto civile italiano

1.1 Il principio di apparenza nel diritto delle obbligazioni: adempimento e pagamento

Il principio dell'*apparentia iuris* trova importanti applicazioni, oltre che nel diritto ereditario (appena affrontato in merito alla figura dell'erede apparente), all'interno del diritto contrattuale e delle obbligazioni. La nostra attenzione si sposta, dunque, dal campo delle successioni *mortis causa* a quello delle relazioni tra privati instaurate mediante negozi *inter vivos*, quali i contratti o gli altri atti che siano fonte di obbligazioni per le parti, nel cui ambito si colloca la disciplina del 'pagamento al creditore apparente'.

Muta dunque il contesto di riferimento, ma l'aggettivo che accompagna i due sostantivi (erede da un lato, creditore dall'altro) è sempre il medesimo: 'apparente'. In questo secondo caso, però, la figura del creditore apparente non rileva in sé e per sé, ma interessa con riferimento all'atto del pagamento. È infatti giuridicamente irrilevante che un soggetto possa manifestare all'esterno le vesti del creditore (ossia del titolare del diritto) finché ciò non si traduca in un atto negoziale in grado di incidere sulle sorti del credito e, in ultima analisi, sugli interessi del creditore effettivo.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Al contrario, l'ordinamento dovrà preoccuparsi di disciplinare quelle situazioni in cui l'apparenza di creditore provochi la reazione altrui: in particolare, occorrerà considerare l'eventualità che il debitore, confidando nelle vesti creditorie dell'*accipiens*, esegua la prestazione cui è tenuto nelle mani di costui.

Ne consegue dunque che l'*apparentia iuris* applicata alla figura del creditore interessa relativamente al fenomeno del pagamento – o più in generale dell'adempimento – assumendo rilievo giuridico qualora la prestazione sia realizzata a favore di un soggetto che abbia solo l'apparenza (ma non l'essenza) di creditore.

Volendo nuovamente seguire l'impostazione adottata nel capitolo precedente, è opportuno anche questa volta premettere un breve inquadramento dell'istituto nell'ambito del diritto moderno. Tale proposito muove sempre dalla convinzione dell'inadeguatezza di un'indagine che si proponga di ricercare nel passato eventuali anticipazioni di figure proprie del nostro ordinamento, senza aver preventivamente studiato e compreso l'essenza dell'istituto rispetto al quale si intende instaurare il raffronto. In tale ottica, soltanto una volta ricostruito il fenomeno interessato attraverso le categorie note alla modernità giuridica, sarà possibile indagare l'eventuale presenza di antecedenti storici nel diritto romano; nonché, laddove tale ricerca dia esito positivo, effettuare un raffronto tra le due esperienze, valutando se prevalgano i margini di continuità o piuttosto quelli di frattura.

Se questo è il percorso che si intende seguire, per prima cosa occorrerà offrire un inquadramento giuridico del fenomeno del pagamento al creditore apparente così com'è oggi disciplinato. A tal fine, sarà necessario richiamare brevemente il contesto in cui è inserito, che evidentemente attiene all'adempimento delle obbligazioni, di cui il pagamento costituisce la più importante e frequente modalità.

Com'è noto, l'adempimento è l'esatta esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione. Questo rappresenta, nell'ordinamento italiano, il principale (sebbene non unico) modo di estinzione delle obbligazioni. Più correttamente, l'adempimento può definirsi come il mezzo normale di estinzione del rapporto obbligatorio, rispetto al quale si inserisce nella fase fisiologica ed esecutiva: con esso infatti il debitore, eseguendo la prestazione alla quale si è impegnato, si libera dal vincolo e, correlativamente, realizza l'interesse del creditore. L'adempimento, dunque, al tempo stesso libera il debitore e soddisfa il creditore, estinguendo così il *vinculum iuris* che legava le due parti (attiva e passiva) dell'obbligazione.

Dal punto di vista ontologico, l'adempimento appartiene alla più ampia categoria dei fatti giuridici, intesi come quegli accadimenti naturali o umani produttivi di determinati effetti riconosciuti e tutelati dall'ordinamento¹.

¹ La qualifica dell'adempimento in termini di 'atto giuridico' non è sempre stata pacifica in dottrina. In passato si è discusso se ad esso dovesse attribuirsi natura fattuale oppure negoziale: in particolare, per i sostenitori della prima tesi l'adempimento sarebbe un 'fatto giuridico', ossia ogni accadimento produttivo di conseguenze giuridicamente rilevanti; per i fautori della seconda tesi, invece, l'adempimento dovrebbe piuttosto qualificarsi come 'negozio giuridico', facendo riferimento alla manifestazione di volontà, diretta a costituire, modificare o estinguere situazioni giuridicamente rilevanti. Ad oggi, tuttavia, la teoria negoziale è stata per lo più abbandonata dalla dottrina, che tendenzialmente ricostruisce l'adempimento in termini fattuali. Qualche voce isolata sostiene ancora oggi la teoria negoziale, rilevando che, se l'adempimento non si fondasse sulla volontà di adempiere l'obbligazione, sarebbe un compor-

Sotto il profilo funzionale, invece, l'adempimento – in quanto teso a realizzare, da un lato, la soddisfazione dell'interesse del creditore e, dall'altro, la liberazione del debitore dal vincolo obbligatorio – opera come strumento di composizione delle diverse esigenze delle due parti dell'obbligazione².

Per quanto concerne poi l'aspetto definitorio, pur essendo chiara l'essenza e la funzione dell'adempimento, manca tuttavia nel nostro ordinamento una sua definizione normativa. Il legislatore, infatti, pur utilizzando svariate volte il termine 'adempimento', non ha ritenuto necessario specificarne la nozione, né individuarne gli elementi costitutivi. Questi devono, dunque, essere ricavati in via interpretativa dal complesso delle disposizioni codicistiche e, in particolar modo, da quelle dettate in tema di 'inadempimento' dell'obbligazione e, correlativamente, di responsabilità contrattuale.

A tali considerazioni deve aggiungersi un'ulteriore precisazione lessicale: individuato l'adempimento come il modo ordinario per estinguere l'obbligazione debitoria attraverso l'esecuzione della prestazione da parte dell'obligato nei confronti del creditore, occorre però rilevare che non è infrequente³ l'utilizzo promiscuo da parte del nostro legislatore dei termini 'adempimento' e 'pagamento'. Trattasi in verità di un uso non del tutto proprio, dal momento che fra i due termini non può dirsi sussistente una perfetta assimilazione. Il termine 'pagamento', infatti, dovrebbe più correttamente essere limitato alle sole obbligazioni pecuniarie, alle quali tecnicamente si riferisce in maniera specifica⁴. Tuttavia, in via di fatto deve rilevarsi come il suo impiego quale sinonimo di 'adempimento', pur giuridicamente da considerarsi improprio⁵, risulti ampiamente diffuso nel linguaggio comune. Tale sovrapposizione terminologica, probabilmente, oltre ad essere il più delle volte irrilevante, stante il rapporto di *genus-species* che lega i due concetti – essendo il pagamento nient'altro che una (anzi la principale) modalità di adempimento – è ulteriormente giustificabile

tamento del tutto neutro, che necessiterebbe di essere collegato ad una qualche giustificazione casuale, come ad esempio una donazione.

² Sul punto la dottrina (Perlingieri) sottolinea come tale funzione si giustifichi, in particolar modo, laddove si acceda alla tesi che configura l'obbligazione come rapporto giuridico complesso.

³ Per avere conferma dell'utilizzo legislativo della parola 'pagamento' in luogo del termine – tecnicamente corretto – 'adempimento', si vedano a titolo esemplificativo i seguenti articoli del nostro codice civile: 1185, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1197, 1198, 1200, 1201, 1203, 1205, 1206, 1245, 1262, 1269, 1270.

⁴ Ciò risulta chiaramente dall'articolazione del codice civile, che dedica un'apposita sezione (sezione prima, capo settimo, titolo primo del libro quarto 'delle obbligazioni') alle obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro (cfr. artt. 1277 ss. c.c.).

⁵ La parola 'adempimento' riveste una funzione generale ed omnicomprensiva, essendo riferibile all'esecuzione di ogni tipo di prestazione, abbia essa ad oggetto un 'dare', un 'fare' o un 'non fare' dell'obligato. Rispetto a tale generale accezione, il termine 'pagamento' costituisce una delle possibili specificazioni, individuando più precisamente l'adempimento dell'obbligazione di pagare – e quindi di 'dare' – una somma di denaro. Nel regime dell'adempimento delle obbligazioni (art. 1176 ss. del c.c.) il termine 'pagamento' compare infatti per la prima volta nell'art. 1182, comma 3, che riguarda l'obbligazione «avente per oggetto una somma di danaro». Per un approfondimento sulla nozione civilistica di pagamento e su quella più generale di adempimento, si rinvia a: M. Giorgianni, *s.v. Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 12, Utet, Torino 1965, pp. 321-332; R. Nicolò, *s.v. Adempimento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, pp. 554-567.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

in virtù dell'assenza di una definizione legislativa che individui e, al contempo, delimiti i confini del concetto di adempimento.

Stante la mancanza di una norma definitoria all'interno del nostro codice, la dottrina e in parte anche la giurisprudenza hanno ampiamente discusso in merito all'opportunità di delineare una nozione di 'adempimento'. Operazione, quest'ultima, solo apparentemente semplice, in quanto impone di ampliare l'angolo di osservazione, richiedendo all'interprete di tenere insieme più prospettive: quella 'etimologico-letterale', quella 'logico-sistematica' e, naturalmente, quella 'storico-funzionale'.

Sotto il primo profilo (che si colloca ad un livello del tutto generale e preliminare) con il termine 'adempimento' vengono indicati tutti quegli atti e comportamenti che risultino corrispondenti alla condotta imposta dalla norma, legislativa o negoziale che sia. 'Adempimento' è vocabolo che può essere utilizzato non soltanto con riferimento ad un'obbligazione contrattuale, ma anche rispetto ad una prescrizione di legge, che risulta adempiuta laddove ad essa si conformi il comportamento del soggetto destinatario del precetto. Peraltro, non deve necessariamente riguardare una norma afferente al campo del diritto civile o privato, potendo trattarsi di disposizione di legge di tipo pubblico (amministrativa o anche penale)⁶, nonché più in generale, come insegna la nostra Costituzione, di doveri di ordine sociale, economico e politico⁷.

Con riferimento al secondo profilo, che abbiamo per sinteticità definito 'logico-sistematico', l'adempimento deve essere inserito nel sistema giuridico nel suo complesso: non può dunque essere osservato singolarmente, ma deve essere calato all'interno del nostro ordinamento e letto in rapporto ai diversi istituti che lo compongono. Sotto tale prospettiva, l'adempimento deve dunque essere messo a confronto con il suo corrispettivo, ossia l'inadempimento, che rispetto ad esso rappresenta un concetto simmetrico e speculare dal punto di vista sia etimologico sia funzionale. In particolare, dalla lettura dell'articolo 1218 c.c.⁸ si ricava che è 'inadempiente' il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta; pertanto, potrà *a contrario* concludersi che quello stesso soggetto risulta essere 'adempiente' quando esegue la prestazione in modo esatto e conforme a quanto richiesto.

⁶ Per quanto concerne il diritto penale basti pensare all'art. 51 c.p., che nell'ambito delle cause di giustificazione (o scriminanti) contempla l'adempimento di un dovere, escludendo la punibilità della condotta criminosa nel caso in cui sia stata posta in essere nell'osservanza – e dunque in adempimento – di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine dell'autorità (cfr. art. 51 c.p. – *Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere*: «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità [...]). Rispetto al diritto amministrativo sarà sufficiente ricordare il dibattito dottrinale che in sede di redazione del codice del processo amministrativo (c.p.a., d.lgs. 104/2010) si è sollevato in merito all'azione di esatto adempimento, volta ad ottenere la condanna della pubblica amministrazione all'emanazione di un determinato provvedimento.

⁷ Il riferimento è evidentemente all'art. 2 della nostra Carta costituzionale, che richiede «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

⁸ Si riporta il testo dell'art. 1218 c.c. – *Responsabilità del debitore*: «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

Infine, analizzando il fenomeno dal punto di vista storico-funzionale – che ai nostri fini è quello che maggiormente interessa – occorre rilevare la differenza fra la moderna accezione di adempimento e il significato che tale concetto assumeva nell’esperienza giuridica di Roma antica. A riguardo, occorre ricordare che nel diritto romano in verità l’adempimento non rappresentava (come invece oggi) il normale mezzo estintivo del rapporto obbligatorio. L’estinzione del *vinculum iuris*⁹ (ossia l’obbligazione che legava il cosiddetto ‘*obligatus*’, cioè il debitore, al proprio *creditor*) richiedeva infatti il compimento di un atto formale, che nelle fonti è normalmente individuato mediante la parola ‘*solutio*’. Quest’ultima rientrava nel novero dei cosiddetti atti *per aes et libram*, categoria comprensiva dei più antichi istituti del *ius civile*, fra cui, oltre a quello che qui interessa, possiamo ricordare il *testamentum per aes et libram* o la *mancipatio*. Tali atti erano connotati, com’è noto, da un formalismo e ritualismo estremamente rigido e rigoroso: per essere considerati validi imponevano alle parti il compimento di una serie di ‘gesti’ che dovevano rispettare una sequenza precisa e predeterminata, che non avrebbe dovuto essere disattesa neppure in minima parte. Anche la più piccola discrasia o deviazione rispetto a quanto richiesto dal *ius civile* avrebbe infatti irrimediabilmente viziato l’atto, precludendo del tutto la produzione degli effetti giuridici avuti di mira dalle parti.

La caratterizzazione della *solutio* come atto *per aes et libram* lascia quindi intendere che al diritto romano non interessava tanto la conformità tra la prestazione eseguita dall’*obligatus* – ossia il debitore – e quella che formava oggetto dell’obbligazione contratta; piuttosto, occorre che le parti (debitore e creditore) realizzassero un negozio rispondente ai requisiti formali della *solutio* e, dunque, rispettoso delle solennità richieste dal *ius civile* per quello specifico atto. In caso contrario l’atto non sarebbe stato considerato ‘civilisticamente’ perfetto e, di conseguenza, ad esso non sarebbe seguita la produzione dell’effetto giuridico, cioè la liberazione del debitore dall’obbligazione. Quest’ultimo sarebbe pertanto rimasto avvinato al creditore dal *vinculum iuris*, che la *solutio* informale e irrituale non era in grado di sciogliere. Da questo punto di vista, emerge con evidenza la diversa caratterizzazione della *solutio* del diritto romano rispetto all’adempimento del diritto civile moderno: la prima si connota come negozio astratto e solenne, che, ai fini dello scioglimento del vincolo obbligatorio, da un lato impone alle parti l’osservanza di rigide formalità, ma dall’altro non esige alcuna conformità rispetto alla prestazione obbligatoria originaria; il secondo, al contrario, è slegato da specifiche solennità, ma ri-

⁹ A tutti nota è la celebre definizione giustiniana di *obligatio* (Inst. 3.13 pr.), con la quale ancora oggi i manuali di diritto privato e civile spesso introducono la trattazione del concetto di obbligazione: «*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*». Sul tema dell’*obligatio* preme citare la monografia di G. Falcone, *Obligatio est iuris vinculum*, Giappichelli, Torino 2003; il successivo saggio Id., *Officium e vincolo giuridico: alle origini della definizione classica dell’obligatio*, in *Ius Antiquum*, 16/2 (2005), pp. 67-84; infine, il recente Id., *La definizione di obligatio tra diritto e morale. Appunti didattici*, Giappichelli, Torino 2017. L’incipit del brano delle *Institutiones* è richiamato inoltre nel titolo della recente monografia di A. Zaccaria, *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Giappichelli, Torino 2015, ad ulteriore conferma dell’attualità e modernità della *definitio* giustiniana.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica chiede una perfetta conformità tra la prestazione posta in essere dal debitore e quella dovuta in base all'obbligazione contratta.

1.2 La legittimazione passiva a ricevere il pagamento e i possibili destinatari dell'adempimento: creditore vero, creditore apparente, *adiectus solutionis causa*

Chiarita la nozione di adempimento e i suoi rapporti con il pagamento, l'ulteriore aspetto da valutare è l'individuazione del soggetto nei confronti del quale tale atto deve rivolgersi, ossia il 'legittimato passivo del pagamento' o, più semplicemente, il 'destinatario dell'adempimento'¹⁰.

La legittimazione a ricevere il pagamento¹¹ è il potere di ottenere la prestazione con effetto estintivo del debito. In base al nostro codice civile questa spetta, oltre che al creditore, anche agli altri soggetti indicati dal primo comma dell'articolo 1188: con maggiore precisione, può dirsi che la legittimazione all'*acceptio* (intesa come ricezione della prestazione) si configura *ex lege* in capo al creditore, che è il soggetto fisiologicamente destinatario della stessa¹²; nonché agli eventuali altri soggetti autorizzati dalla legge – o eventualmente da una specifica pronuncia giudiziale – a ricevere l'adempimento¹³. Tale legittimazione, inoltre, può essere ulteriormente estesa a discrezione del creditore, il quale può decidere di conferirla al proprio rappresentante o ad un altro soggetto che egli 'indichi' al debitore come persona autorizzata a ricevere il pagamento.

Il soggetto 'indicato' al debitore per l'adempimento, tradizionalmente qualificato con la formula sintetica 'indicatario di pagamento', è una figura oggi espressamente contemplata dal codice: ha però origini remote, essendo già presente nel diritto romano, che la esprimeva con la formula '*adiectus solutionis causa*'. Volendo cercare di sciogliere quest'ultima espressione, si potrebbe utilizzare la traduzione

¹⁰ In merito alla disciplina del destinatario del pagamento, ossia il soggetto legittimato a ricevere la prestazione, occorre fare riferimento all'art. 1188, comma 1, c.c., il quale prevede che l'adempimento possa essere effettuato nei confronti del creditore, della persona da lui indicata (cosiddetto *adiectus solutionis causa*), ovvero della persona autorizzata dalla legge o dall'autorità giudiziaria a riceverlo.

¹¹ In merito all'adempimento si distinguono requisiti soggettivi e oggettivi. I requisiti 'soggettivi' riguardano la legittimazione a ricevere del creditore e la legittimazione ad adempiere di colui che esegue la prestazione; quelli 'oggettivi' riguardano, invece, la conformità oggettiva della prestazione eseguita alle varie determinazioni previste nel titolo e nella legge.

¹² Abbiamo utilizzato il termine 'fisiologicamente', in quanto il creditore è il soggetto che di regola riceve l'adempimento della prestazione: per la natura del rapporto obbligatorio che lega due soggetti (debitore e creditore) normalmente il debitore si libera dal vincolo eseguendo la prestazione in favore del creditore, nei confronti del quale quell'obbligo è stato assunto. La priorità accordata al creditore, individuato come soggetto naturalmente chiamato a ricevere l'adempimento, emerge anche dal dato normativo, che nell'elencare i potenziali destinatari del pagamento menziona in primo luogo il creditore.

¹³ Il codice, allorché all'art. 1188 c.c. fa riferimento alle «persone autorizzate dalla legge o dal giudice a ricevere il pagamento», rinvia ai cosiddetti 'legittimati legali' e ai cosiddetti 'legittimati giudiziali'. Nella prima categoria, rientrano, ad esempio, i rappresentanti legali dei minori e degli interdetti, i titolari di uffici espropriativi, gestori o liquidatori quali (come accade nella legittimazione ad adempiere) il curatore fallimentare, il curatore dell'eredità e l'esecutore testamentario. La seconda categoria comprende, invece, ad esempio l'ufficiale giudiziario che procede al pignoramento, il soggetto presso il quale il giudice può ordinare il deposito della prestazione in caso di controversia e, inoltre, il sequestratario.

‘aggiunto ai fini del pagamento’; o forse più correttamente ‘aggiunto ai fini dell’adempimento’, tenuto conto che la *solutio* in diritto romano – come *supra* accennato – individuava in senso lato l’adempimento dell’obbligazione, racchiudendo in sé tutti quei comportamenti (pur non esclusivamente coincidenti con il pagamento) volti ad estinguere la prestazione cui il soggetto si era obbligato¹⁴.

Da queste semplici osservazioni emerge con sufficiente chiarezza che le due qualifiche appena ricordate (indicatario e *adiectus solutionis causa*) hanno il medesimo significato e sono idonee ad individuare lo stesso soggetto: esse sono equivalenti e, perciò, fra loro perfettamente fungibili¹⁵.

L’indicatario-*adiectus*, ossia il soggetto nelle cui mani il debitore – in base ad un’apposita autorizzazione del creditore – può adempiere con effetto estintivo l’obbligazione, deve essere tenuto distinto dall’ulteriore possibile ‘sostituto’ del creditore – che sarà oggetto di trattazione nel prossimo capitolo – e cioè il rappresentante. Le due figure, apparentemente omogenee ed assimilabili, sono in realtà differenti, in quanto diversi sono i poteri sussistenti in capo alla persona legittimata all’*acceptio*. Nel primo caso, infatti, il soggetto indicato per il pagamento (*adiectus solutionis causa*) è esclusivamente incaricato di ricevere l’adempimento, senza però avere alcuna possibilità di esprimere la propria volontà al riguardo; nel caso del rappresentante, invece, la facoltà di ricevere e di accettare il pagamento rientra nei generali poteri di rappresentanza conferiti al terzo dal creditore mediante un atto di procura o un contratto di mandato. Se il rappresentante dunque può ricevere la prestazione in nome e per conto del creditore, in forza di espressa procura a ciò legittimante, diversamente la persona ‘indicata’ dal creditore (cosiddetto ‘indicatario’¹⁶ o *adiectus solutionis causa*¹⁷) è autorizzata dal creditore solo ed esclusivamente a ri-

¹⁴ Sulla figura dell’*adiectus solutionis causa* nel diritto romano si rinvia alle osservazioni contenute *infra*, par. 4.

¹⁵ Si segnala che d’ora in avanti, anche ai nostri fini, i termini ‘indicatario’ e ‘*adiectus*’ saranno utilizzati in modo promiscuo.

¹⁶ Volendo fornire qualche riferimento concreto che meglio chiarisca la definizione di *adiectus solutionis causa*, può osservarsi come la giurisprudenza abbia già in passato individuato alcune figure di ‘indicatario’, come avvenuto nel caso di libretto nominativo pagabile al portatore (cfr. Cass. Civ., sez. I, 2 febbraio 1989, n. 651, in *Banca borsa*, 1990, II, p. 295, con nota di Ruperto e in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1336 e in *Fall.*, 1989, p. 603). Un ulteriore esempio, maggiormente recente, è stato offerto in tema di leasing finanziario, essendo stato qualificato come ‘*adiectus solutionis causa*’ l’utilizzatore rispetto al contratto di vendita collegato funzionalmente al contratto di leasing: «la consegna del bene all’utilizzatore costituisce invece per un verso adempimento dell’obbligazione di consegna del fornitore, e per altro verso esecuzione da parte di quest’ultimo di un incarico conferitogli dal concedente nell’interesse dell’utilizzatore, creditore del concedente in base al contratto di leasing e quindi da considerarsi *adiectus solutionis causa* rispetto al contratto di vendita» (Cass. Civ., sez. I, 20 luglio 2007, n. 16158 in *Fall.*, 2008, p. 298 e in *Fall.*, 2007, fasc. 12, p. 1481).

¹⁷ Per la definizione di ‘*adiectus solutionis causa*’ citiamo la voce contenuta nel *Dizionario giuridico diretto da Piero Pajardi, s.v. Adiectus solutionis causa*, pp. 17-18: «soggetto diverso dal creditore, cui il debitore legittimamente presta il contenuto dell’obbligazione, quale addetto materiale all’esazione (ed indicato al pagamento). La figura, di origine romanistica, individua ogni soggetto che sia designato, anche in un momento successivo a quello in cui è sorta l’obbligazione, a ricevere il pagamento. La designazione è revocabile e, d’altra parte, non priva della legittimazione a ricevere la prestazione il creditore». Come accennato, la terminologia ‘*adiectus solutionis causa*’, nonostante abbia origine nel diritto romano, non è stata abbandonata dall’esperienza moderna: essa è ampiamente diffusa sia in dottrina che

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

cevere la prestazione, senza avere però la possibilità di esercitare alcun potere rappresentativo.

Un'ulteriore differenza fra le due ipotesi è data, poi, dai rapporti con il debitore. Il creditore, infatti, nel caso in cui decida di nominare un rappresentante, si limita a conferirgli la procura a ricevere il pagamento, senza coinvolgere il debitore: in questo caso il creditore non ha rapporti con il debitore, in quanto la procura non è atto recettizio. Diversamente, laddove scelga di 'indicare' un soggetto per il pagamento, il creditore è tenuto a comunicare la propria decisione al debitore, riferendogli il nome dell'*adiectus*. Quest'ultimo infatti, a differenza del rappresentante, agisce in nome proprio ed è perciò necessario che sia chiaramente individuato, non essendovi alcun atto di conferimento di poteri da cui il debitore possa altrimenti desumere i rapporti tra l'*adiectus* e il proprio creditore. Peraltro, il fatto che il creditore abbia il preciso onere di rendere noto al debitore il nome dell'indicatario ci consente di dedurre che tra questi soggetti sorge un rapporto trilaterale¹⁸, ossia coinvolgente tutti e tre gli interessati: il creditore, il debitore e l'indicatario. Ciò evidenzia un'altra differenza rispetto all'ipotesi della rappresentanza, che ha invece una chiara struttura bilaterale, poiché lega esclusivamente il rappresentante al rappresentato¹⁹.

Se questi sono i soggetti che il legislatore individua come possibili destinatari dell'adempimento, è necessario allora interrogarsi su quale sia la sorte di un eventuale pagamento effettuato nei confronti di un soggetto non rientrante tra quelli espressamente contemplati dal codice. In particolare, occorre domandarsi se un simile pagamento sia valido, con conseguente efficacia liberatoria del debitore, o se viceversa non possa considerarsi tale, essendo inidoneo a sciogliere il vincolo obbligatorio. Tale interrogativo trova pronta risposta nel codice, il quale tendenzialmente opta per una soluzione negativa: se la prestazione viene eseguita nei confronti di una persona diversa da quelle indicate, non vi sarà l'estinzione dell'obbligazione e, perciò, al debitore potrà essere chiesto nuovamente l'adempimento.

In linea generale, dunque, il codice (art. 1188 comma 2 c.c.²⁰) prevede che il pagamento effettuato nelle mani di chi non è legittimato a riceverlo non libera il debitore, che può essere perciò costretto a pagare una seconda volta. Tuttavia, in due particolari ipotesi, espressamente regolate dalla legge, anche il pagamento a soggetti non legittimati determina l'estinzione dell'obbligazione.

in giurisprudenza, com'è agevole riscontrare dalla lettura della manualistica in argomento, nonché delle sentenze che, anche di recente, hanno preso in considerazione più o meno direttamente tale figura.

¹⁸ In dottrina è stato rilevato che la struttura trilaterale del rapporto che sorge tra tali soggetti evoca quella della delegazione cumulativa attiva. Tuttavia, tra le due figure le differenze sono evidenti: da un lato l'indicatario riceve per conto del creditore, dall'altro il creditore delegato riceve per sé quanto versato dal debitore; inoltre, si ritiene che la delegazione, oltre ad essere un rapporto trilaterale, dia luogo ad un contratto plurilaterale; al contrario, nel caso dell'indicatario siamo di fronte a più contratti collegati. Infine, mentre in un caso il debitore è autorizzato ad adempiere nelle mani di un terzo (l'indicatario), nell'altro caso (delegazione) vi è obbligato.

¹⁹ Quanto affermato vale sia nel caso in cui il potere rappresentativo derivi da contratto – come avviene nel mandato, in cui le due parti (rappresentato e rappresentante) assumono la qualifica tecnica di mandante e mandatario – sia nell'ipotesi in cui sia stato conferito unilateralmente mediante procura.

²⁰ Art. 1188 c. 1 c.c.: «Il pagamento deve essere fatto al creditore o al suo rappresentante, ovvero alla persona indicata dal creditore o autorizzata dalla legge o dal giudice a riceverlo».

La prima di esse è disciplinata dal secondo comma dell'articolo 1188 c.c.²¹ e riguarda il caso in cui il creditore abbia ratificato il pagamento o ne abbia approfittato, nonché quello in cui la prestazione sia comunque pervenuta nel suo patrimonio, determinando un arricchimento del creditore. L'ipotesi che a noi più interessa è però la seconda, ossia il caso in cui il debitore ha eseguito la prestazione nei confronti di un soggetto qualificabile come 'creditore apparente' ai sensi dell'articolo 1189 del codice civile²². L'efficace estinzione dell'obbligazione²³, dunque, può derivare non solo dal pagamento al creditore 'vero', ma anche dal pagamento fatto, in buona fede, a colui che in base a criteri oggettivi o – per utilizzare l'espressione scelta dal legislatore – «in base a circostanze univoche», appariva legittimato a riceverlo.

1.3 La disciplina del pagamento al creditore apparente nel nostro codice civile: l'articolo 1189

Nell'ambito del breve quadro appena tracciato in merito al regime dell'adempimento descritto dal codice civile, ai nostri fini interessa particolarmente approfondire l'articolo 1189 da ultimo citato, dal momento che lo stesso costituisce evidente applicazione del principio dell'*apparentia iuris*. Si tratta di un'ipotesi di apparenza 'pura' o 'oggettiva'²⁴, che – come chiarito nel capitolo iniziale²⁵ – si veri-

²¹ Art. 1188 c. 2 c.c.: «Il pagamento fatto a chi non era legittimato a riceverlo libera il debitore, se il creditore lo ratifica o se ne ha approfittato».

²² Art. 1189 c. 1 c.c.: «Il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede». Possiamo fin d'ora segnalare come questa norma sia stata interpretata dalla giurisprudenza come riferibile non semplicemente al pagamento effettuato al creditore apparente *stricto sensu* inteso, ma più in generale a tutti coloro che appaiono autorizzati a ricevere la prestazione, fra i quali assume particolare rilievo il rappresentante apparente (cosiddetto *falsus procurator*), sul quale avremo modo di soffermarci nel quarto capitolo.

²³ Ai fini dell'efficacia del pagamento occorre, inoltre, la capacità del destinatario: ai sensi dell'art. 1190 c.c. (*Pagamento al creditore incapace*: «Il pagamento fatto al creditore incapace di riceverlo non libera il debitore, se questi non prova che ciò che fu pagato è stato rivolto a vantaggio dell'incapace») il pagamento effettuato in favore del creditore incapace non libera il debitore, a meno che questi non dimostri che quanto pagato è stato rivolto al vantaggio patrimoniale del ricevente. Pertanto, il pagamento fatto all'incapace giova al debitore solo ed entro i limiti in cui questi riesca a provare che l'incapace accipiente ha beneficiato del pagamento. A riguardo si precisa che, poiché l'art. 1190 c.c. utilizza genericamente il termine 'incapacità', senza ulteriori aggettivazioni, in dottrina si è posta la questione della sua applicabilità anche all'incapacità naturale o, viceversa, soltanto all'incapacità legale. Fuori da tale ipotesi, il debitore che contragga un'obbligazione con un incapace deve adempiere al rappresentante di quest'ultimo (art. 1387 c.c.). Dubbi esegetici ha posto anche l'interpretazione della nozione di 'vantaggio' contenuta nell'art. 1190 c.c.: in particolare, secondo alcuni il vantaggio andrebbe valutato economicamente, come arricchimento patrimoniale, richiedendosi che il pagamento confluisca nel patrimonio dell'incapace incrementandolo; secondo una diversa ricostruzione, invece, non dovrebbe essere inteso in senso economico, quale mero incremento patrimoniale, bensì in senso tecnico, come possibile e ragionevole utilizzazione da parte dell'incapace di quanto ricevuto.

²⁴ La configurabilità del pagamento al creditore apparente quale ipotesi di 'apparenza pura' non è sempre stata pacifica in dottrina. In passato è stato sostenuto che, ai fini dell'integrazione del requisito della buona fede, fosse necessario che l'errore del debitore fosse stato cagionato dal comportamento del creditore, che avesse colposamente contribuito a determinare la situazione di apparenza. Rispetto a questa ricostruzione del fenomeno in termini di 'apparenza colposa' è però prevalsa la lettura in termini di 'apparenza pura', che valuta la buona fede semplicemente sulla base del comportamento del debitore, senza

fica quando ad uno stato di fatto si riconosce la capacità di produrre i medesimi effetti giuridici di uno stato di diritto di cui, tuttavia, non ricorrono gli estremi. La *ratio* di tale estensione, come anticipato, risiede nella necessità di tutelare due importanti valori: da un lato la certezza del diritto, al fine di garantire la stabilità delle relazioni giuridiche e agevolare così la circolazione dei beni, che potrebbe risultare compromessa da una situazione di incertezza; dall'altro il suo corollario, rappresentato dalla buona fede e dal legittimo affidamento dei terzi, in capo ai quali, a causa della situazione di oggettiva apparenza, potrebbe formarsi il ragionevole convincimento che allo stato di fatto corrisponda anche una realtà di diritto. In quest'ottica, si è dunque scelto di riconoscere valore giuridico ad una situazione di apparenza e di 'salvare' – a determinate condizioni – un adempimento che a stretto rigore non dovrebbe considerarsi legittimo.

Come nelle altre ipotesi di apparenza, anche nel caso del pagamento al creditore apparente il legislatore condiziona la produzione dell'effetto liberatorio per il debitore al ricorrere di due presupposti, uno oggettivo e l'altro soggettivo. Trattasi peraltro di requisiti cumulativi e non alternativi: ai fini della produzione dell'effetto giuridico proprio della situazione apparente non è infatti sufficiente la sussistenza di uno soltanto di essi, ma è richiesta la compresenza di entrambi.

In primis, sul piano oggettivo, l'ordinamento esige uno stato di 'obiettiva apparenza', ossia la presenza di circostanze univoche che inducano il *solvens* a credere che il pagamento sia rivolto ad un soggetto munito della legittimazione a ricevere. Il presupposto oggettivo dell'apparenza è dunque rappresentato dalla univocità delle circostanze, le quali non devono suscitare nel debitore dubbi o incertezze: al contrario, devono essere tali da ingenerare il ragionevole convincimento di adempiere all'effettivo destinatario del pagamento²⁶.

Sul piano soggettivo, poi, il nostro codice richiede la buona fede del debitore. Peraltro, a differenza di quanto normalmente previsto, l'onere della prova in ordine alla sussistenza di tale *status* ricade sul debitore: quest'ultimo per conseguire l'effetto liberatorio dovrà dimostrare la propria buona fede, la quale dunque – in deroga alla regola dettata in via generale dell'articolo 1147 c.c.²⁷ – non si presume²⁸,

considerare quello del creditore. A riguardo, ci limitiamo a citare: N. Imarisio, *op. cit.*, pp. 17 ss.; A. Falzea, *op. cit.*, pp. 698 ss.; M. Bessone e M. Di Paolo, *op. cit.*, pp. 3 ss.

²⁵ Cfr. cap. 1, par. 2.1.

²⁶ La situazione di 'obiettiva' apparenza dovrà essere accertata dal giudice, il quale in base alle circostanze del caso concreto dovrà verificare l'assenza di un eventuale concorso colposo del debitore.

²⁷ L'art. 1147 c.c., rubricato 'possesso di buona fede', così recita: «È possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. La buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto». L'art. 1147 c.c. è norma dettata con riferimento al possesso, ma di portata indubbiamente più ampia, anzi generale, in quanto contiene la descrizione del concetto di buona fede 'soggettiva', tradizionalmente individuata nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto. Tale accezione 'soggettiva' di buona fede non deve essere confusa con quella 'oggettiva', da intendersi come 'correttezza', ricavabile dall'art. 1175 c.c. e presente in ulteriori disposizioni che ne impongono l'osservanza con riferimento alle diverse fasi della vita contrattuale (formazione, interpretazione ed esecuzione: rispettivamente artt. 1337, 1366 e 1375 c.c.).

²⁸ Una 'deroga alla deroga' è però prevista dall'art. 1264 c.c., che in caso di cessione del credito prevede la liberazione del debitore che abbia eseguito il pagamento nelle mani del cedente, qualora il cessionario non abbia provveduto a notificargli la cessione. In questo caso la buona fede del debitore viene presunta,

ma deve essere provata dall'interessato, indicando gli specifici elementi di fatto da cui abbia ricavato il convincimento che la situazione di apparenza corrispondesse a realtà. Tale buona fede, poi, in concreto si tradurrà nell'incolpevole ignoranza da parte del debitore in ordine alla legittimazione a ricevere l'adempimento del soggetto *accipiens*. In altre parole, il debitore deve aver pagato al soggetto sbagliato 'per errore': con l'ulteriore precisazione che, per poter considerare l'*ignorantia debitoris* come 'incolpevole', dovrà trattarsi di errore scusabile²⁹, ossia giustificabile in base al diligente apprezzamento dell'*homo medius*, tale che chiunque altro avrebbe, in base alla comune esperienza, potuto incorrervi³⁰. Al contrario, il debitore non sarà liberato in presenza di una colpa grave del debitore, che, usando la dovuta diligenza, si sarebbe accorto della divergenza tra apparenza e realtà³¹.

Verificandosi tali presupposti, l'ordinamento riconosce valore giuridico alla situazione di apparenza e, quindi, il pagamento effettuato nelle mani del creditore fittizio viene considerato equipollente a quello rivolto al legittimo destinatario. Tale soluzione consente di tutelare le ragioni del debitore, che rischierebbero di essere compromesse da circostanze a lui trascendenti e non imputabili³².

La disciplina codicistica, peraltro, non dimentica di considerare la posizione del reale creditore pregiudicato dall'erroneo pagamento, al quale è consentito di agire ex articolo 2033 c.c.³³ contro il creditore apparente per ottenere la restituzione di quanto illegittimamente ricevuto, in base ai principi che regolano la ripetizione dell'indebito.

2. Il creditore apparente e l'*adiectus solutionis causa* nel diritto romano

Volendo mantenere l'impostazione assunta nei precedenti capitoli, dopo aver messo in luce i tratti distintivi dell'istituto nel panorama giuridico italiano attuale,

rimettendo al cessionario l'eventuale controprova in ordine alla conoscenza dell'avvenuta cessione da parte del debitore.

²⁹ Sul requisito della scusabilità dell'errore ai fini dell'integrazione della fattispecie di apparenza si rimanda alle osservazioni già esposte nel primo capitolo (cfr. cap. 1, par. 4.1).

³⁰ Questo è quanto viene costantemente ribadito anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha più volte precisato che il giudice nel valutare il contegno del debitore deve prendere come parametro di riferimento il cosiddetto 'uomo medio' – nel gergo legislativo rappresentato attraverso l'espressione 'buon padre di famiglia' (cfr. art. 1176, comma 1, c.c.) – e in base ad esso accertare che il debitore abbia adempiuto la propria obbligazione usando l'ordinaria diligenza esigibile in base alle circostanze del caso concreto.

³¹ In questo caso spesso dottrina e giurisprudenza parlano di 'buona fede temeraria'.

³² Un evidente pregiudizio per il debitore emerge già dal fatto che, laddove fosse disconosciuta l'efficacia liberatoria del pagamento al creditore apparente ex art. 1189 c.c., il creditore potrebbe procedere – nel caso in cui il debitore non esegua la prestazione entro il termine stabilito per l'adempimento – alla messa in mora ex art. 1219 c.c. (sul punto cfr. C. M. Bianca, *op. cit.*).

³³ Il richiamo all'art. 2033 c.c. si spiega in ragione del fatto che al suo interno, pur essendo la norma rubricata 'indebito oggettivo', è tuttavia pacificamente ricompresa anche l'ipotesi dell'indebito soggettivo *ex latere creditoris*, attribuendo a chi abbia eseguito un pagamento non dovuto il «diritto di ripetere ciò che ha pagato», con l'aggiunta dei frutti e degli interessi che decorrono alternativamente dal giorno della domanda o da quello del pagamento, in base allo stato soggettivo del ricevente (buona o mala fede).

nelle pagine che seguono si cercherà di individuare nel diritto romano³⁴ un antecedente storico della figura del creditore apparente, ponendolo ancora una volta a confronto con la diversa figura dell'*adiectus solutionis causa*.

Occorre subito precisare che, per quanto concerne il creditore apparente, l'entusiasmo legato al proposito di costruire un ponte fra 'vecchio' e 'nuovo' – fra diritto moderno ed esperienza antica – deve essere contenuto, dal momento che in questo caso i punti di frattura appaiono superiori rispetto ai margini di continuità. Le fonti romane non sembrano infatti contemplare, quantomeno esplicitamente, la figura del creditore apparente. Mentre per la rappresentanza – come avremo modo di illustrare – sono numerosi i brani in cui compare la dizione '*falsus procurator*' (come contrapposto al '*verus procurator*'), al contrario i giuristi romani non si preoccupano – salvo un unico isolato caso, che subito vedremo – di inquadrare o di tratteggiare il profilo di un '*falsus creditor*'.

Questo dato consente anzitutto di comprendere la pressoché totale assenza di studi in materia; e permette di spiegare, altresì, perché le moderne ricerche sull'apparenza giuridica, nel momento in cui cercano di individuare le origini storiche dell'istituto, mentre trovano margine di soddisfazione per le figure del rappresentante e (pur con i limiti già evidenziati, anche) dell'erede, escludono pressoché unanimemente la presenza nel diritto romano di un istituto analogo al creditore apparente. Anche di recente è stato infatti ribadito che la figura del creditore apparente, differentemente dalle altre ipotesi di *apparentia iuris*, era sconosciuta al diritto romano, avendo origine ben più tarda, in particolare collocata nel diciassettesimo secolo, con successiva recezione da parte delle codificazioni ottocentesche³⁵.

³⁴ Per l'analisi manualistica del pagamento al creditore apparente (e più in generale dell'adempimento, del pagamento e della *solutio*) si vedano: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 391 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 339; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 575 ss., 593 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 801 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 541 ss.; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, cit., pp. 432 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 655; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 366 ss.; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., pp. 395 ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 634 ss.; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 601 ss.

³⁵ P. Gallo, *Introduzione al diritto comparato*, p. 327: «La teoria del creditore apparente ha origini più recenti; essa era sconosciuta al diritto romano, in base al quale il debitore che pagava a persone diverse era liberato solo se la prestazione perveniva ugualmente al creditore. La teoria si affermò nel corso del diciassettesimo secolo, venne successivamente recepita da Pothier, dal C. Nap. (art. 1340), dal codice italiano (art. 1242), ed infine dal codice civile italiano del 1942 (art. 1189)». Si riporta il testo dell'art. 1242 del codice civile del Regno d'Italia del 1865: «Il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito, è valido, ancorché il possessore ne abbia in appresso sofferta l'evizione». Riteniamo, inoltre, opportuno ricordare la disposizione dell'art. 1340 del *Code Napoléon*, nella sua versione originaria (art. 1277) e in quella successiva alla modifica attuata nel 2016 (Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016). Art. 1277: «La simple indication faite, par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation. / Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui» (La semplice indicazione fatta dal debitore, d'una persona che debba pagare in sua vece, non produce novazione. / Lo stesso ha luogo per la semplice indicazione fatta dal creditore, d'una persona che debba per lui ricevere). Art. 1340: «La simple indication faite par le débiteur d'une personne désignée pour payer à sa place n'emporte ni novation, ni délégation. Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne désignée pour recevoir le paiement

Questi autori, che negano in radice la possibilità di individuare un antecedente dell'apparenza in tema di adempimento delle obbligazioni, rilevano come per il diritto romano la liberazione del debitore che avesse adempiuto nelle mani di un soggetto diverso dal creditore poteva realizzarsi soltanto se quest'ultimo avesse comunque ricevuto l'oggetto della prestazione. Il pagamento al creditore apparente, in quest'ottica, appare quindi come una sorta di passaggio intermedio (per lo più frutto di un errore nell'individuazione del reale destinatario della prestazione), che però deve essere seguito da un successivo atto di trasferimento dell'oggetto della prestazione al legittimo destinatario della stessa, pena la mancata liberazione del debitore dall'obbligo di eseguire il pagamento al legittimo titolare del diritto di credito.

Se il tentativo di rinvenire un 'antenato' del creditore apparente pare quindi destinato a rimanere pressoché disatteso, ben diversa si prospetta la situazione per l'altra figura che può venire in rilievo in tema di adempimento dell'obbligazione creditoria, ossia il cosiddetto *adiectus solutionis causa*. Quest'ultimo – come già rilevato – non è un creditore 'falso' o 'apparente', ma è semplicemente un soggetto legittimato dal vero titolare a ricevere la prestazione in sua vece.

Questa seconda figura era tutt'altro che sconosciuta al diritto romano, il quale anzi, come vedremo, ammetteva la possibilità che le parti del rapporto obbligatorio si accordassero (anche *ab initio*) affinché la prestazione fosse eseguita nelle mani di un soggetto diverso dal creditore, da questi appositamente indicato come *accipiens*; oppure che convenissero che l'obbligazione fosse adempiuta indifferentemente a favore del creditore o di un soggetto diverso, anche questa volta individuato dal legittimo titolare del credito, con effetto parimenti liberatorio in entrambi i casi.

Non vi è dunque da meravigliarsi se, a differenza di quanto appena rilevato per il *falsus creditor* in merito alla pressoché totale assenza di riferimenti dottrinali, non mancano invece studi in tema di *adiectus solutionis causa*³⁶.

pour lui» (La semplice indicazione fatta da parte del debitore di una persona che deve pagare al suo posto non opera nessuna novazione. Stesso dicasi della semplice indicazione effettuata da parte del creditore di una persona che deve ricevere per lui). La traduzione dell'art. 1277 è quella contenuta nel *Codice civile di Napoleone il Grande per Regno d'Italia*, Reale Stamperia, Milano 1806, pp. 373-374.

³⁶ Tali contributi sul tema dell'*adiectus solutionis causa* talvolta sono inseriti in studi dedicati alla figura odierna e intendono offrire semplicemente un riferimento alle sue origini storiche; altre volte, invece, sono finalizzati direttamente all'analisi dell'istituto nella sua antica e originaria accezione. Sull'argomento si vedano, oltre alla voce di F. De Martino, s.v. *Adiectus solutionis causa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1, Utet, Torino 1957, p. 285, gli studi di H. Ankum, *Quelques problèmes sur le solutionis causa adiectus en droit romain classique*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. 1, Giuffrè, Milano 2007, pp. 139-161; S. Cugia, *L'adiectus solutionis causa: diritto romano classico giustiniano-comune*, L. Alvano, Napoli 1919; F. L. Rosa, *L'adiectus solutionis causa e il constitutum debiti*, in *Index*, 36 (2008), pp. 277-284. Per ulteriori riferimenti alla figura dell'*adiectus solutionis causa* e dell'*adpromissor* si vedano, inoltre, i seguenti studi di respiro più generale, dedicati al tema del pagamento, dell'adempimento e della delegazione: J. Alonso, *Estudios sobre la delegación, I, La doble atribución patrimonial. Primera parte*, Santiago de Compostela 2001; J. Alonso, *Estudios sobre la delegación*, vol. 1, *La doble atribución patrimonial. Segunda parte*, Santiago de Compostela 2002; F. Bonifacio, s.v. *Delegazione (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 5, Utet, Torino 1960, pp. 325-327; G. Branca, s.v. *Adempimento (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, pp. 548-554; W. Endemann, *Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht*, Elwert, Marburg 1959; F. Haymann, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachübergabe im römischen Recht*, in *BIDR*, 59-60 (1956), pp. 1-45; G. E. Longo, s.v. *Pagamento (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 12, Utet, Torino 1965, pp. 316-321; M. L. Mira, *Sobre delegación y novación*, in *Labeo*, 46 (2000), pp. 189-220; F. Pastori, *Il ne-*

3. Il creditore apparente nelle fonti giuridiche romane: un caso isolato di *falsus creditor*

3.1 La definizione di *falsus creditor* in D. 47.2.43 pr.: una preziosa parentesi

Alla luce di quanto finora osservato, parrebbe dunque doversi desumere l'impossibilità di rinvenire di un precedente storico del moderno creditore apparente nel diritto romano. Occorre però domandarsi se sia davvero il caso di arrendersi di fronte al dato della pressoché totale assenza di tale figura nelle fonti latine per concludere in favore dell'irrelevanza giuridica dell'istituto, oppure se questo, pur con le dovute precauzioni, possa trovare cittadinanza anche nell'alveo del pensiero giuridico di Roma antica. Per fare ciò e proporre un ripensamento o semplicemente un nuovo studio della figura del creditore apparente occorre, come sempre, partire dalle testimonianze in nostro possesso: dovremo, quindi, valutare se sulla base delle parole dei giuristi romani sia possibile ipotizzare la sussistenza di fattispecie rispetto alle quali viene in rilievo, direttamente o indirettamente, una figura simile al nostro creditore apparente, eventualmente anche per finalità e con effetti diversi da quelli per cui l'istituto è contemplato nel nostro ordinamento.

Come anticipato, se nelle fonti romane sono numerosi i passi che prendono in considerazione il *falsus procurator*, al contrario gli stessi sembrano disinteressarsi alla figura del *falsus creditor*. Proprio in virtù di tale esiguità di dati, è opportuno partire dall'unico brano che, in controtendenza rispetto a quanto appena affermato, menziona espressamente la figura del *falsus creditor*. Occorre subito avvisare che si tratta, per la verità, di un testo che introduce un discorso che poi si concentrerà sulla diversa figura del falso rappresentante e sul quale, dunque, torneremo anche nel prossimo capitolo, quando ci occuperemo nel dettaglio di quest'ultima figura. Il passo in questione è il *principium* del frammento 43 del secondo titolo del libro 47 del Digesto: i successivi, invece, saranno presi in considerazione più avanti³⁷, quando affronteremo il tema del *falsus procurator*.

Tale testimonianza, per quanto breve e isolata (non trovando ulteriore specificazione nei brani seguenti) rappresenta per noi un imprescindibile punto di partenza: anzi, quest'apparente debolezza costituisce il suo elemento di forza, poiché l'estrema penuria di fonti sul tema non fa altro che accrescere il suo valore, rendendo questa solitaria voce per noi ancora più preziosa.

D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem) si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient.*

gozio verbale in diritto romano, Cisalpino, Milano 1994; F. Pulitanò, *De eo quod certo loco: studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 2009; P. Rutsaert, *Étude sur la délégation in droit privé roman*, E. Bruylant Recueil Sirey, Bruxelles-Paris 1929; G. Sacconi, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Giuffrè, Milano 1971; M. Sargenti, s.v. *Pagamento (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 31, Giuffrè, Milano 1981, pp. 532-540; S. Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Jovene, Napoli 1935; M. Talamanca, *Alia causa e durior condicio come limite dell'obbligazione dell'adpromissor*, Giappichelli, Torino 1969.

³⁷ Per la trattazione relativa al *falsus procurator* si rinvia al contenuto del quarto capitolo.

Il brano in questione è inserito nel secondo titolo del libro 47, titolo contenente una selezione di testi aventi ad oggetto il delitto di furto (come agevolmente desumibile dalla sua rubrica: ‘*De Furtis*’) e prende, infatti, in considerazione la figura del *falsus creditor* – nonché, nel paragrafo successivo (D. 47.2.43.1), quella del *falsus procurator* – proprio in relazione a tale illecito. Non a caso questo passo (assieme a quelli che lo seguono) è stato particolarmente analizzato e approfondito da parte degli autori che si sono dedicati allo studio di tale *delictum*³⁸. Addirittura, a parere della dottrina la sua importanza è tale da essere considerato alla stregua di «un cardine fondamentale dello studio del furto del falso procuratore»³⁹, nonché – potremmo aggiungere – del *falsus creditor*, col quale viene infatti messo a confronto⁴⁰.

La volontà di instaurare un paragone tra le due figure, pur non esplicitata da Ulpiano, emerge in maniera chiara dalla costruzione dei primi due brani del titolo 47.2 (il *principium* e il paragrafo 1) riferiti, rispettivamente, il primo al *falsus creditor*, il secondo al *falsus procurator*. Questi presentano, infatti, una struttura simmetrica e speculare, che coniuga all’aspetto giuridico anche quello definitorio: in particolare, in entrambi il giurista, oltre a descrivere una specifica ipotesi di furto, si premura

³⁸ Nell’ambito dei numerosi studi dedicati al *furtum* si ricordano, partendo dai più recenti e senza pretesa di completezza: M. Pennitz, *Acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres ... (Gellius 6,15,1). Überlegungen zum furtum usus*, in *ZRG*, 134 (2017), pp. 147-187; L. Parenti, *Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di furtum usus: D. 13.1.16 e D. 47.2.77(76) pr.*, in *TSDP*, 7 (2014); F. Battaglia, *Furtum est contrectatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*, Cedam, Padova 2012; M. A. Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di ‘furtum’. Genesi sviluppi vicende*, Jovene, Napoli 2008, con recensione di A. Burdese, *Rec. M. A. Fenocchio, Sulle tracce del delitto di ‘furtum’. Genesi sviluppi vicende*, in *SDHI*, 78 (2012), pp. 753-757; I. Fagnoli, *Ricerche in tema di furtum: qui sciens indebitum accipit*, Giuffrè, Milano 2006; P. Ferretti, *Complicità e furto nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 2005; R. La Rosa, *La repressione del ‘furtum’ in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, *ESI*, Reggio Calabria 1990; con recensione di L. Peppe, *Rec. R. La Rosa, La repressione del ‘furtum’ in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, in *Iura*, 41 (1990), pp. 173-179; J. Gaudemet, *À propos du ‘furtum’ à l’époque classique*, in *Labeo*, 7 (1961), pp. 7-19 (= *Études de droit romain*, vol. 1, *Sources et théorie générale du droit*, Jovene, Napoli 1979, pp. 113-127); nonché il contributo, specificamente riferito al *furtum* di cose ereditarie, di J. A. C. Thomas, *Rei hereditariae furtum non fit*, in *TvR*, 36/4 (1968), pp. 489-508. Con riferimento specifico alla rapina, invece, si veda lo studio di M. Balzarini, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Cedam, Padova 1969, con recensione di P. Cornioley, *Rec. M. Balzarini, Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, in *Labeo*, 20/2 (1974), pp. 276-288. Inoltre, per l’analisi manualistica del *furtum* si vedano: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 368 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 420 ss.; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 517 ss.; G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, cit., pp. 364 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 981 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 522 ss.; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, cit., pp. 400 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 669 ss.; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 354 ss.; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., pp. 436 ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 1990, pp. 621 ss., pp. 306 ss.; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 556 ss.

³⁹ Le parole sono di I. Fagnoli, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 27. Di questo avviso anche A. Milazzo, *Falsus procurator: ricerche sull’evoluzione del concetto di falso rappresentante*, Cacucci, Bari 2012, p. 139, il quale ritiene che il brano ulpiano costituisca «un’interessante applicazione dei principi in materia di *falsus procurator*, oltre tutto messa a confronto con la figura del *falsus creditor* [...]».

⁴⁰ Cfr. A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 139, il quale mette in rilievo la comparazione effettuata da Ulpiano tra la figura del *falsus procurator* e «la figura del *falsus creditor*, che qui trova la sua unica menzione all’interno dei *Digesta*».

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

anche di fornire la definizione del soggetto attivo del delitto in questione, occupandosi del *falsus procurator* nel paragrafo primo e del *falsus creditor* nel *principium*.

Prima di analizzare la specifica fattispecie presa in esame da Ulpiano nel *principium* – che, peraltro, in questa sede non interessa particolarmente se non nei limiti in cui essa, come già rilevato, rappresenta l'unica ipotesi a noi segnalata dai giuristi romani in cui compare un 'apparente creditore' – occorre soffermarci sull'inciso in esso contenuto, il quale racchiude la definizione, fondamentale ai nostri fini, della figura del *falsus creditor*.

Come premessa a tale analisi, occorre fin d'ora avvisare – salvo poi approfondire la questione nel proseguo della trattazione – che proprio in ordine a tale inciso si sono concentrati i principali dubbi e discussioni degli studiosi. Infatti, se il *principium* del frammento è stato tendenzialmente riconosciuto genuino dalla dottrina⁴¹, la stessa ha tuttavia sollevato questioni proprio in ordine alla parentetica («*hoc est is, qui se simulat creditorem*»), sospettata di essere frutto di interventi interpolatori da parte dei compilatori. Tale dubbio probabilmente è stato alimentato anche dalla struttura e dalla costruzione della frase, nell'ambito della quale la definizione racchiusa nella parentesi si inserisce come accessorio rispetto al contenuto principale, rappresentato dalla descrizione dell'ipotesi di *furtum* presa in esame dal giurista. Ulpiano, infatti, dopo aver introdotto il soggetto della fattispecie che si accinge ad analizzare – appunto il nostro *falsus creditor* – inserisce un inciso, volto a chiarire la nozione della figura citata.

A ben vedere, la circostanza che Ulpiano abbia reputato necessario affiancare all'espressione *falsus creditor* la specificazione del suo significato potrebbe prestarsi a più di un'interpretazione. In particolare, da un lato essa potrebbe essere spia dell'opportunità di chiarire un concetto privo di una propria individualità giuridica, o quantomeno di utilizzo poco frequente nel panorama giurisprudenziale romano; aspetto, quest'ultimo, che parrebbe confermato dall'assenza di ulteriori fonti dedicate al *falsus creditor*, che, come rilevato, trova nel brano in esame la sua unica menzione⁴². Dall'altro lato però, se così fosse, probabilmente la sua spiegazione non avrebbe potuto esaurirsi in una così sintetica definizione; in presenza di un concetto nuovo e da chiarire, infatti, il giurista avrebbe verosimilmente sentito l'esigenza di diffondersi nell'illustrazione del suo significato, magari anche ricorrendo alla tecnica dell'esemplificazione, arricchendo la nozione fornita mediante il riferimento ad una casistica concreta. Invece l'atteggiamento di Ulpiano, che liquida con un breve inciso la definizione di *falsus creditor* per poi passare immediatamente all'esame

⁴¹ Il *principium* del frammento D. 47.2.43 e il richiamo al *falsus creditor* hanno destato l'interesse anche degli autori che in via prioritaria si sono dedicati allo studio del diverso fenomeno della falsa rappresentanza. Studiando il mandato e la procura, e confrontandosi con il passo di Ulpiano contenente la nota definizione di *falsus procurator* (D. 47.2.43.1), è impossibile non estendere l'analisi anche al passo immediatamente precedente, che per diversi motivi – identità di autore, analogia di struttura sintattica e affinità di materia – si presta ad uno studio congiunto, reso in certo modo quasi imprescindibile. Conferma di ciò sono i contributi più recenti dedicati al *falsus procurator* e alla rappresentanza apparente in diritto romano, nell'ambito dei quali si rinvengono sempre una parte dedicata, in maniera più o meno diffusa, al passo relativo al furto del *falsus creditor*. Per una lettura diretta dei riferimenti, si veda anche A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., pp. 138 ss.

⁴² Cfr. *supra*, nota 40.

della fattispecie, pare piuttosto sintomatico di un concetto noto, che non necessita di spiegazioni che vadano oltre un rapido richiamo della nozione base.

Questo potrebbe avvenire o perché trattasi di una figura conosciuta dai giuristi, agli occhi dei quali ogni ulteriore chiarimento sarebbe apparso ridondante. Ma una simile conclusione appare poco verosimile, poiché, se così fosse, probabilmente Ulpiano avrebbe inserito anche un avverbio quale ‘*plane*’ o ‘*clare*’, proprio per sottolineare la superfluità di ogni spiegazione aggiuntiva. Oppure, la sinteticità della definizione potrebbe essere dovuta alla scarsa rilevanza ricoperta dal concetto di *falsus creditor* per i giuristi romani, per i quali il ‘falso creditore’ non rappresenterebbe una figura caratterizzata da una propria individualità, idonea ad articolarsi in molteplici fattispecie e ad originare svariate questioni giuridiche, ma semplicemente un modo sintetico per indicare la persona che ‘si finge’ (*se simulat*) creditore. Se si accoglie quest’ultima impostazione, si dovrebbe allora aggiungere, come ulteriore conseguenza, che ad Ulpiano e ai giuristi del suo tempo il *falsus creditor* non sarebbe interessato tanto come istituto in sé, ma sarebbe piuttosto venuto in rilievo come uno dei potenziali soggetti attivi della condotta delittuosa in relazione alla quale lo stesso è analizzato (che, come accennato e come a breve vedremo meglio, è il *delictum furti*). Peraltro, tale conclusione non risulta troppo eccentrica, essendo in linea con il pensiero giuridico romano, che attraverso lo studio e l’esposizione dei casi concreti ha consentito il nascere della maggior parte degli istituti giuridici: istituti che in alcuni casi sono giunti e si sono mantenuti nella loro accezione originaria – o quasi – fino al nostro tempo⁴³.

Ciò rilevato in ordine alla brevità della definizione ulpiana, possiamo adesso soffermarci più diffusamente sulla portata del suo sintetico contenuto.

Quanto alla struttura del periodo in cui si inserisce, abbiamo già rilevato come la nozione di ‘falso creditore’ non costituisca l’oggetto prioritario dell’affermazione, essendo affidata da Ulpiano ad un semplice inciso. Il giurista, dopo aver introdotto il soggetto della frase – appunto il *falsus creditor* – specifica chi sia il creditore da qualificarsi ‘*falsus*’, chiarendo che tale è (*hoc est*) «*is, qui se simulat creditorem*».

Com’è stato rilevato, la definizione ulpiana di falso creditore rinvia all’idea della simulazione⁴⁴ e della finzione: è falso creditore chi si finge creditore, ossia, volendo sciogliere la formulazione, colui che simula la titolarità della qualifica di soggetto attivo del rapporto obbligatorio. Da tali parole trapela, dunque, un’accezione negativa del falso creditore, che pare doversi trovare in uno stato di necessaria mala fede. Ulpiano, infatti, non pare lasciare spazio per un ipotetico ‘falso creditore col-

⁴³ Al tema dei fondamenti romanistici del moderno diritto civile è dedicato il lavoro di R. Zimmermann, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Juta & Co., Cape Town 1990, il quale prende in considerazione anche le ipotesi, qui esaminate, del *falsus creditor* e del *falsus procurator*. Cfr. anche A. Petrucci, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: la disciplina generale del contratto*, Giappichelli, Torino 2018; G. Santucci, *Diritto romano e diritti europei: continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Il Mulino, Bologna 2018² (ed. orig. 2010).

⁴⁴ Sul punto si vedano le osservazioni di A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 141, il quale dopo aver ribadito che «del falso creditore [...] si fornisce una definizione in un inciso», rileva che tale inciso «rimanda all’idea del falso creditore come simulatore, salvo poi comprendere come vada inteso “*qui se simulat creditorem*”», aprendo dunque agli interrogativi in ordine alla corretta interpretazione della definizione ulpiana.

posito', ma sembra tratteggiare un'ipotesi esclusivamente dolosa. Per meglio dire, nell'affermare che 'il falso creditore è chi si simula creditore', Ulpiano rappresenta quest'ultimo come un soggetto che finge una qualifica che sa di non avere. Agendo nella piena consapevolezza circa la carenza del requisito richiesto, il soggetto verte in uno stato di mala fede e, pertanto, l'elemento soggettivo che connota la condotta non può che essere il dolo. Se Ulpiano avesse voluto ammettere anche l'ipotesi colposa, infatti, avrebbe affiancato alla simulazione della qualifica di creditore anche la falsa rappresentazione o l'erroneo convincimento circa il possesso della medesima. In tal caso, accanto all'ipotesi dolosa si sarebbe potuta configurare un'ipotesi di errore e di colpa. Ma così non è, perché la breve definizione ulpiana non lascia spazio a casi diversi dalla simulazione della qualifica: dal che pare doversi ricavare che il falso creditore di cui parla la fonte è un soggetto che agisce con dolo e la cui condotta è, dunque, necessariamente connotata da mala fede.

Ciò rilevato in via generale, occorre tuttavia avvisare che il brano in esame, pur attualmente ritenuto genuino della prevalente dottrina, è stato in passato contestato da alcuni autori, che avanzarono dubbi proprio in ordine alla datazione dell'inciso *de quo* e del relativo riferimento alla condotta simulatoria che connoterebbe il creditore 'apparente' (*rectius* 'falso')⁴⁵.

In relazione a tale parentetica è, dunque, possibile individuare fondamentalmente due tesi interpretative: la prima (più risalente nel tempo) che sostiene che il frammento in esame sia stato oggetto di un intervento interpolazionistico, che ne avrebbe mutato il contenuto attraverso l'aggiunta di un glossema postclassico; la seconda prospettiva (accolta dalla dottrina più recente) che, rigettando la precedente impostazione, si pronuncia invece a favore della genuinità dell'inciso⁴⁶.

In particolare, le considerazioni della tesi interpolazionistica originano dalla lettura congiunta del *principium* e del frammento primo, ossia dal confronto tra le due figure del *falsus creditor* e del *falsus procurator*. Avendo tale dottrina escluso la genuinità del brano relativo al *falsus procurator*, da ciò discende con effetto 'a cascata' la contestazione in ordine all'originalità della definizione di *falsus creditor*⁴⁷. Secondo tale teoria, quindi, l'aggettivo '*falsus*' non avrebbe niente a che vedere con il concetto di simulazione e, tanto meno, con le condotte dolose quali l'inganno o il raggiro. Al contrario, nella dottrina prevalente si era radicata la convinzione che, attraverso la definizione di *falsus creditor* contenuta nel *principium* del frammento, Ulpiano avrebbe voluto indicare semplicemente un soggetto 'non creditore'. I sostenitori di tale teoria giungevano a tale conclusione rinviando alle analoghe conclusio-

⁴⁵ In quest'ultimo indirizzo si colloca A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., il quale sostiene la «originalità della frase chiusa tra parentesi, nel contesto della quale ciò che rileva è l'elemento della simulazione».

⁴⁶ Ivi, pp. 141-142.

⁴⁷ Sul punto merita citare direttamente le parole di A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 41, il quale rileva che: «il frammento nel suo *principium* è stato oggetto di particolare attenzione in dottrina, e nella sostanza riconosciuto genuino, salvo proprio l'inciso in discussione (*hoc est is, qui se simulat creditorem*), il quale è stato sospettato di essere frutto di intervento interpolatorio dei compilatori: in particolare, il sospetto nasce dal confronto della figura del falso creditore con quella del falso procuratore, di modo che, inteso sostanzialmente dalla dottrina consolidata come non genuino il *falsus procurator*, di conseguenza anche il *falsus creditor* deve essere non genuino».

ni in tema di *falsus procurator*, locuzione che a loro avviso avrebbe dovuto indicare il ‘non procuratore’, ossia colui che, essendo sfornito di mandato, non avrebbe potuto vantare la qualifica, il titolo e i poteri di rappresentante e, pertanto, non avrebbe potuto agire per conto del reale titolare del negozio, dal quale non aveva ricevuto alcun incarico in tal senso. Secondo questa risalente ma fortunata teoria, quindi, qualificare il creditore o il procuratore come ‘*falsus*’ non implicherebbe un rinvio alla mala fede come atteggiamento soggettivo necessariamente connotante la condotta, ma attesterebbe soltanto l’assenza nel soggetto del relativo titolo. Il vocabolo ‘*falsus*’, dunque, avrebbe semplicemente valore privativo e servirebbe a distinguere il *creditor/procurator* ‘*falsus*’ dal *creditor/procurator* ‘*verus*’, inteso quale effettivo titolare della qualifica soggettiva in questione⁴⁸.

In antitesi rispetto alla tesi interpolazionistica si è posta, invece, la dottrina più recente, la quale ha cercato di riconoscere genuinità all’inciso, negando che fosse frutto dell’aggiunta di un glossema postclassico⁴⁹. I sostenitori di questa diversa opinione fondano la propria argomentazione sul termine ‘*simulare*’, del quale ritengono doveroso precisare la corretta accezione, suggerendo l’opportunità di collegare il suo significato alla malafede. Secondo questa ricostruzione, quindi, il creditore (o il procuratore) ‘*falsus*’ sarebbe un creditore (procuratore) simulato, ossia un soggetto che finge – con necessaria mala fede – di possedere una qualifica che in realtà non ricopre.

Quanto, poi, alla questione relativa all’origine e alla diffusione dell’utilizzo del termine ‘*falsus*’, tale dottrina ritiene plausibile la sua riconduzione già all’epoca classica, nell’ambito della quale veniva probabilmente indicato per individuare il ‘simulatore’, ossia un soggetto che ‘afferma falsamente’ di essere titolare di una certa posizione, creditoria o di rappresentanza. La stessa dottrina poi – come vedremo parlando del rappresentante apparente e del *falsus procurator* nelle fonti romane – ritiene che il medesimo attributo ‘*falsus*’, laddove speso con riferimento al sostantivo ‘*procurator*’, fosse talora utilizzato per individuare colui che assume l’amministrazione di un affare altrui in assenza di specifico mandato o, pur in presenza di un incarico *ad hoc*, andando al di là dei limiti e dei poteri conferiti dal mandante, legittimo titolare dell’affare gerito.

Secondo questa ricostruzione, la definizione del *falsus creditor* come ‘colui che simula di essere creditore’ («*is, qui se simulat creditorem*») – e, così facendo, riceve la prestazione spettante al reale *creditor*, incorrendo nella commissione del delitto di furto – sarebbe del tutto verosimile e non imporrebbe necessariamente di essere riportata ad un’età più avanzata, trovando menzione già nei passi di giuristi di età

⁴⁸ Di nuovo riteniamo opportuno citare A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 141, secondo cui «l’idea del glossema postclassico riflette l’idea che il *falsus creditor* debba essere un non creditore, alla stregua del *falsus procurator* che andrebbe inteso come non procuratore: l’aggettivo *falsus*, quindi con valore privativo, aggettivo dal quale esulerebbe qualunque idea di inganno o raggiri».

⁴⁹ Per le posizioni della più recente dottrina si rinvia ancora a Milazzo: ivi, pp. 141-142. Come afferma l’Autore, la prima intuizione nel solco della revisione della tesi interpolazionistica è dovuta a Dieter Medicus, il quale per primo esclude l’intervento del glossema postclassico, riconoscendo la genuinità dell’inciso. Cfr. D. Medicus, *Zur Leistungsannahme durch den ‘falsus procurator’*, in A. Guarino e L. Labruna (a cura di), *Syntheseleia: Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. 1, Jovene, Napoli 1964.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica classica. A sostegno di questa tesi alcuni autori⁵⁰ citano il seguente frammento del Digesto attribuito al giurista Scevola, che testimonierebbe e confermerebbe quanto sostenuto⁵¹.

D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*)⁵²: *Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. Et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. Sed altera conditione altera tollitur.*

Il brano riportato contiene un responso di Pomponio relativo alla possibilità che sia considerato vittima di *furtum* il procuratore che abbia adempiuto la prestazione commissionata mediante il proprio denaro, nei confronti di un soggetto perfettamente consapevole di non essere legittimato a ricevere il pagamento. La soluzione che il giurista ritiene di fornire rispetto a tale questione – soluzione che risulta essere positiva, con l'unica precisazione relativa all'eventuale concorso e conseguente assorbimento delle due *conditiones ex causa furtiva*: quella promossa dal *procurator* e quella esperita dal rappresentato che abbia successivamente ratificato il pagamento – dipende proprio dalla premessa anteposta al *responsum*. Attraverso la proposizione causale che introduce il discorso, infatti, Scevola afferma che sussiste il delitto furto nel caso in cui qualcuno abbia ricevuto delle somme non dovute, pur sapendolo («*quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit*»). Anche senza approfondire la questione, risulta chiaro che il cuore dell'asserzione è racchiuso nel participio '*sciens*', il quale intende significare la piena consapevolezza da parte del soggetto che riceve il pagamento in ordine alla non spettanza dello stesso. La sussistenza del *furtum* e, dunque, l'addebito dell'illecito al soggetto *accipiens* è, infatti, possibile unicamente in quanto la condotta acquisitiva sia accompagnata da mala fede, quale quella che contraddistingue colui che riceve qualcosa che sa essere altrui;

⁵⁰ R. Zimmermann, *The law of obligations*, cit., pp. 924 ss.: «[...] for example, a false creditor [...] was regarded as a thief if he accepted payment tendered by the debtor – “*furtum fit*” in the more generalizing words of Scaevola, “*cum quis indebitos nummos sciens acceperit*”».

⁵¹ La citata ricostruzione e il riferimento al passo di Scevola sono opera di P. Angelini, *Il procurator*, Giuffrè, Milano 1971, p. 214, il quale, ponendosi nel solco della teoria già avanzata da Dieter Medicus, affermò la perfetta credibilità della definizione ulpiana del *falsus creditor* come simulatore, il quale ricevendo scientemente una prestazione non spettantegli commette il delitto di *furtum*. Sulla stessa linea di pensiero si colloca anche I. Fagnoli, *Ricerche in tema di furtum*, cit., pp. 21 ss., la quale ritiene infondata la tesi interpolazionistica che interpreta il sintagma *falsus procurator* come una creazione dei compilatori giustinianeî, ritenendo invece verosimile la sua riconducibilità all'età classica con un significato connesso alla simulazione per indicare il soggetto che simula (e dunque finge) di possedere una qualifica di cui in realtà è privo.

⁵² Il brano in questione, laddove utilizza il verbo '*condicere*', fa evidentemente riferimento alla possibilità per il *procurator* di esperire la *condictio ex causa furtiva*, ossia una delle *conditiones* create in epoca giustiniana con le quali era possibile ottenere tutela in ipotesi di arricchimento ingiustificato. In particolare, mediante tale strumento l'attore poteva chiedere la restituzione della *res* che gli fosse stata ingiustamente sottratta. Occorre tuttavia interrogarsi se tale *condictio* configuri un'azione a difesa della proprietà o, viceversa, un'azione di tipo penale, dal momento che solo in quest'ultimo caso avrebbe potuto essere esperita da qualunque derubato (compreso anche, relativamente al caso che ci interessa, il *procurator*), spettando viceversa nella prima ipotesi solo al proprietario o al più ai suoi aventi causa.

tale *status* soggettivo non potrà, invece, rinvenirsi nel caso in cui il soggetto ricevente ritenga in buona fede di essere legittimato. Soltanto nel primo caso, infatti, ricorre l'impossessamento di un bene altrui: dunque, soltanto in tale ipotesi potrà ipotizzarsi una responsabilità a titolo di furto.

L'affermazione contenuta nell'apertura del passo di Scevola circa il furto da parte dell'*accipiens* che ingiustamente si arricchisce ai danni del *procurator* ci introduce al tema del *furtum* di 'colui che si finge creditore', che costituisce la fattispecie protagonista del passo ulpiano contenente la definizione di *falsus creditor*. È giunto dunque il momento di passare a considerare più nello specifico tale fattispecie, prima di trarre qualche conclusione in merito alla configurabilità del *falsus creditor* quale antecedente del moderno creditore apparente.

3.2 Il *furtum* del *falsus creditor*: la fattispecie contenuta in D. 47.2.43 pr. e la soluzione prospettata da Ulpiano

Conclusa l'analisi della definizione di *falsus creditor* contenuta nell'inciso ulpiano, è possibile adesso esaminare brevemente la specifica fattispecie ad esso correlata.

Il caso giuridico preso in esame da Ulpiano nel *principium* del frammento riguarda un'ipotesi di furto commesso da un soggetto che il giurista qualifica appunto quale 'falso creditore' (*falsus creditor*). Il caso descritto è oltremodo generico e privo di ogni ulteriore specificazione: esso si esaurisce nell'ipotesi in cui un soggetto, definito 'falso creditore', riceva un qualcosa (*quid*): «*falsus creditor [...] si quid acceperit*». Il giurista non offre ulteriori indicazioni né in merito all'oggetto ricevuto dal *falsus creditor*⁵³, né al soggetto dal quale quest'ultimo abbia derivato l'acquisto, in relazione al quale l'autore non fornisce alcun dettaglio⁵⁴.

Tale assenza di informazioni dovrebbe forse indurci a concludere per l'irrelevanza di tali aspetti ai fini della disciplina della fattispecie e ad escludere l'ipotesi di una divergenza di trattamento giuridico in virtù delle eventuali diversità di oggetto (ciò che il *falsus creditor* riceve) o di soggetto (da chi il *falsus creditor* riceve il *quid*).

Come accennato, in un primo momento Ulpiano non si preoccupa di concretizzare o specificare quale sia l'oggetto ricevuto dal finto creditore, facendo genericamente riferimento all'ipotesi in cui il *falsus creditor* riceve 'un qualcosa' (*quid*). Il

⁵³ Il generico '*quid*' iniziale sarà specificato soltanto nel proseguo del frammento, allorché verrà identificato mediante l'utilizzo al rigo successivo del termine '*nummi*' (ossia monete, denaro contante). Sul punto ci soffermeremo a breve.

⁵⁴ L'inciso del frammento D. 47.2.43 pr. è costruito in maniera oltremodo semplice: esso è composto dal soggetto della proposizione ipotetica introdotta dal '*si*', che è il *falsus creditor*, dal verbo (*acceperit*, congiuntivo perfetto del verbo *accipio*, *is, accēpi, accēptum, ēre* retto dal '*si*') e dal complemento oggetto (*quid*), ma non contiene il complemento d'agente, non offrendoci dunque indicazioni specifiche in ordine al soggetto autore della cessione del *quid* (*i nummi*) al *falsus creditor*. Ulpiano ha forse ritenuto superflua tale specificazione, dovendosi evidentemente identificare nella persona del debitore del *creditor* (*verus*), il quale, al fine di adempiere la propria obbligazione, esegue la prestazione a cui è tenuto consegnando il *quid* (*i nummi*) al *falsus creditor* nella convinzione che questo sia legittimato a ricevere il pagamento.

giurista utilizza, infatti, il pronome indefinito 'quid' senza alcuna ulteriore specificazione, denotando così assoluta indifferenza rispetto all'entità oggettiva ricevuta. Tale generica espressione iniziale assume però subito dopo una maggiore concretezza, allorquando nel proseguo della frase lo stesso Ulpiano parla di 'nummi': egli afferma, infatti, che qualora il *falsus creditor* abbia percepito un *quid* (utilizzando dunque un'espressione generica e omnicomprensiva) commette furto («*furtum facit*») e i *nummi* non diventano suoi («*nec nummi eius fient*»). Ecco allora che la genericità iniziale si dissolve e il 'quid' viene concretizzato nei 'nummi', ossia i denari, le monete⁵⁵.

Per quanto concerne poi il soggetto da cui il *falsus creditor* riceve il *quid*, ossia i *nummi*, Ulpiano nulla dice: tuttavia, anche in ordine a tale aspetto ulteriori dettagli possono essere ricavati implicitamente dal tenore complessivo del discorso. In particolare, anche se nel *principium* non vi è indicazione in merito alla qualifica del soggetto derubato, la sua identificazione è possibile attraverso una lettura combinata rispetto al passo successivo. Nel momento in cui Ulpiano passa a trattare la condotta posta in essere dal *falsus procurator*, la riferisce infatti come commessa ai danni del debitore: nel frammento 1 del brano D. 47.2.43, il vocabolo 'debitor' ricorre ben quattro volte («*si hac mente ei dederit nummos debitor [...] nam et manent nummi debitoris [...] cuius eos debitori fieri vult [...] quod ita det debitor*»), il che dovrebbe essere sufficiente a fugare ogni residuo dubbio – ammesso che ve ne fossero mai stati – in ordine al fatto che il soggetto che paga al *falsus creditor* sia il debitore.

Alla luce di quanto appena osservato, la fattispecie presa in esame nel frammento D. 47.2.43 pr. potrebbe essere dunque riscritta in questi termini: 'se il *falsus creditor* riceve del denaro dal debitore, non diventa proprietario della somma ricevuta e, anzi, commette il delitto di furto'. Ecco che, così riformulato, il caso rappresentato da Ulpiano ci appare immediatamente familiare: il falso creditore, il quale riceve del denaro (che in verità non gli spetterebbe), non ne diventa proprietario, poiché non era legittimato a riceverlo o, detto altrimenti, poiché non era il reale 'destinatario del pagamento'. In sostanza, siamo di fronte ad un soggetto che è solo apparentemente (ma non effettivamente) creditore – dunque un creditore 'falso' e 'non reale', in quanto privo della titolarità sostanziale del diritto di credito – il quale ottiene un pagamento che in verità spetterebbe ad altri. A questo punto non vi sono davvero più dubbi: si tratta della classica ipotesi che il nostro codice civile, all'articolo 1189, qualifica come 'pagamento al creditore apparente'⁵⁶.

⁵⁵ In questo senso si esprime A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., il quale, dopo aver rilevato che «il *quid* iniziale è sciolto dal giurista nel concreto *nummi*», sottolinea come l'utilizzo da parte di Ulpiano del verbo '*facit*' con riferimento alla commissione del delitto di furto evidenzia la perentorietà dell'affermazione, posta «in antitesi rispetto a quella che lo stesso giurista utilizzerà successivamente in relazione al *falsus procurator*».

⁵⁶ Sulla disciplina moderna dell'istituto ci siamo già soffermati all'inizio del presente capitolo (par. 1): sarà dunque qui sufficiente richiamare il contenuto dell'art. 1189 c.c., rinviando alle pagine precedenti per la compiuta analisi della fattispecie: «Il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede. Chi ha ricevuto il pagamento è tenuto alla restituzione verso il vero creditore secondo le regole stabilite per la ripetizione dell'indebito».

3.3 Gli effetti del pagamento al creditore apparente nel diritto romano e in quello moderno: sanzionabilità del *falsus creditor* e tutela del debitore in buona fede

Stante la simmetria tra il caso descritto da Ulpiano nel frammento citato rispetto a quello del pagamento al creditore apparente come configurato dal legislatore italiano, occorre però valutare se ad una sovrapposibilità degli elementi costitutivi della fattispecie astratta faccia seguito un'assimilabilità anche *quoad effectum*. In particolare, ciò che interessa considerare sono i rimedi predisposti dai due ordinamenti (moderno e antico) in risposta a tale situazione, dai quali potrà ricavarsi qualche elemento in più in ordine alla prospettiva nella quale gli stessi hanno inteso inquadrare il fenomeno.

Dall'analisi del brano contenente il riferimento al *falsus creditor* emerge con certezza un dato: questi non potrà divenire proprietario delle cose consegnategli in buona fede dal debitore, in quanto privo della legittimazione a riceverle, essendo tale legittimazione soltanto simulata («*qui se simulat creditorem*»); egli sarà pertanto considerato un semplice possessore, peraltro di mala fede. Ecco perché, nel *principium* del frammento D. 47.2.43 Ulpiano afferma che il *falsus creditor* che abbia percepito un '*quid*' non acquista la proprietà di quanto ricevuto: in questo caso, infatti, il denaro non diventa suo («*nec nummi eius fient*»), cioè non entra a far parte del patrimonio di colui che si è finto creditore, il quale anzi, appropriandosi scientemente di qualcosa che non gli spettava, si macchia del delitto furto («*furtum facit*»). La conclusione perentoria di Ulpiano, secondo cui il 'falso creditore' (per noi 'creditore apparente') che riceve del denaro commette furto è, dunque, l'unico elemento dal quale possiamo cercare di ricavare indizi in merito alla disciplina del *falsus creditor*, individuato come antesignano del nostro creditore apparente. Com'è intuibile, trattasi di informazioni troppo esigue per consentire di affermare l'esistenza di una costruzione giuridica e di uno studio istituzionale intorno alla figura in esame, che probabilmente non rappresentò nel diritto romano fonte di particolare attenzione da parte dei giuristi. Se così non fosse, infatti, avremmo rinvenuto nel Digesto – verosimilmente vicino al passo appena esaminato – ulteriori frammenti dedicati a tale figura, esattamente come avviene per il *falsus procurator*, che al contrario trova menzione in svariate ipotesi, rispetto alle quali i giuristi furono chiamati a rendere il proprio *responsum*. Il caso del falso creditore non è stato, invece, al centro di particolari questioni e, come appena visto, viene in rilievo unicamente per individuare una delle possibili ipotesi di *furtum*.

Alla luce di tali considerazioni, è allora possibile ricavare la diversa prospettiva che connota il diritto romano rispetto all'impostazione moderna relativa al creditore apparente. In particolare, come abbiamo detto l'unico isolato esempio in cui le fonti antiche si preoccupano di prendere in considerazione il falso creditore è funzionale ad un'attribuzione di responsabilità – peraltro di tipo penale, a titolo di *furtum* – per la condotta appropriativa del bene altrui. Al contrario, la moderna disciplina del creditore apparente contenuta nel codice civile all'articolo 1189, oltre a configurare profili di responsabilità in capo al soggetto che si sia finto creditore – il quale è tenuto a restituire quanto ingiustamente ricevuto, potendo essere destinatario di un'azione di indebito arricchimento eventualmente intentata dal debitore – si preoc-

cupa anche di predisporre un adeguato meccanismo di tutela proprio di quest'ultimo soggetto, caduto in errore senza sua colpa. Come già evidenziato, il presupposto dell'apparenza giuridica (di cui il creditore apparente rappresenta espressione) è il legittimo affidamento⁵⁷ riposto nella situazione di apparenza, che in base a circostanze univoche ed oggettive induce a ritenere sussistente uno stato di fatto in realtà assente. Il nostro legislatore allora – proprio al fine di tutelare il legittimo affidamento del debitore che, in virtù di un errore scusabile, abbia pagato al soggetto sbagliato – stabilisce che se questi effettua in buona fede il pagamento al creditore apparente ('falso'), sarà liberato e non potrà essere chiamato ad eseguire nuovamente la prestazione nelle mani del creditore effettivo ('vero'). Una simile attenzione – almeno per quanto è a noi dato sapere – è del tutto assente nel diritto romano, il quale si limita a prendere in considerazione il fenomeno del *falsus creditor* dal lato di quest'ultimo, sanzionando la condotta simulatoria – e quindi ingannatoria – nei confronti del soggetto (debitore) che effettua il pagamento, attraverso l'addebito del *delictum* di *furtum*. L'elemento che contraddistingue la fattispecie è dunque la mala fede del *falsus creditor*, che '*se simulat creditorem*' e, così facendo, contribuisce a creare la situazione di apparenza, determinando, con la propria condotta, l'errore del debitore.

Pur nell'identità di presupposti del fenomeno giuridico in esame, la diversità di prospettiva fra diritto moderno e antico si manifesta allora in tutta la sua evidenza: se nell'esperienza attuale il problema del pagamento al creditore apparente ruota attorno alla figura del debitore, che il codice civile si preoccupa di tutelare nell'ipotesi in cui abbia eseguito il pagamento in buona fede, nel diritto romano l'attenzione è invece focalizzata sulla figura del creditore apparente (*rectius* 'falso'), che viene preso in considerazione unicamente quale potenziale soggetto attivo del delitto di furto. Volendo tradurre la distinzione in termini moderni, potremmo dire che, mentre il nostro codice civile all'articolo 1189 delinea un'ipotesi di apparenza 'pura', che rileva in sé e a prescindere dal contegno assunto dal creditore apparente, nonché dal fatto che questi abbia concorso nella determinazione dello stato di apparenza, il diritto romano si occupa del *falsus creditor* proprio in ragione del suo comportamento ingannevole e configura, pertanto, un'ipotesi di apparenza 'colposa'.

Nel passo esaminato non vi è, peraltro, alcun riferimento alle sorti del pagamento effettuato dal debitore al creditore *falsus* (apparente): la fonte si limita a riferirci che il falso creditore commette furto e non diventa proprietario del denaro, ma non ci informa in merito alla posizione del debitore e non si pronuncia in ordine al buon esito della dazione da questi effettuata a titolo di pagamento. Sorge, allora, spontaneo il seguente interrogativo: il debitore, laddove abbia pagato in buona fede al creditore '*falsus*' (apparente), sarà liberato oppure potrà essere chiamato ad eseguire nuovamente il pagamento al creditore '*verus*'? Ciò che a riguardo possiamo osserva-

⁵⁷ In ordine alla nozione di legittimo affidamento correlato alla buona fede e alla sua rilevanza nell'ambito della teoria dell'apparenza giuridica, ci permettiamo di rinviare alle osservazioni già esposte nel primo capitolo del presente lavoro, nel quale abbiamo cercato per quanto possibile di sciogliere i termini della questione, anche attraverso l'indicazione di alcuni imprescindibili riferimenti bibliografici (cfr. cap. 1, nota 15).

re è che, stando a quanto ci riporta Ulpiano, il denaro non passa in proprietà del *falsus creditor*, che con l'inganno lo abbia ricevuto («*nec nummi eius fient*»): la somma pertanto rimane in proprietà del debitore, che non ne ha mai perso la titolarità. Quest'ultimo, tuttavia, pur mantenendo la relazione giuridica sul bene, non ha più quella di fatto consistente nel possesso, avendolo in buona fede consegnato all'apparente creditore: in tale situazione, può allora il debitore (proprietario non possessore dei denari) ritenersi liberato? In merito a tale questione Ulpiano nulla dichiara in maniera esplicita, limitandosi ad affermare che il *falsus creditor* commette *furtum*. L'unico rimedio sicuramente esperibile contro di lui, dunque, sarà l'*actio furti*, con la quale il *falsus creditor* potrà essere condannato a restituire quanto indebitamente sottratto, incrementato in base al meccanismo del multiplo cui si ispira il modello sanzionatorio degli illeciti civili.

Individuato lo strumento invocabile a fronte di tale situazione, occorre tuttavia domandarsi chi possa promuoverlo: è necessario cioè – sempre per utilizzare la terminologia e le categorie moderne – individuare il 'legittimato attivo' ad esercitare l'azione di furto contro il *falsus creditor*, che in mala fede ha acquistato il possesso dei denari. Un simile dubbio in ordine alla legittimazione può, infatti, sorgere perché soggetti danneggiati dalla condotta del *falsus creditor* sono due: da un lato, il debitore, che paga ad un soggetto sbagliato e che, dunque, a causa del proprio errore potrebbe essere teoricamente chiamato a pagare nuovamente al creditore effettivo, rimasto insoddisfatto; dall'altro, appunto, il creditore 'vero', il cui interesse è rimasto evidentemente disatteso, avendo altri percepito quanto era a lui spettante. A fronte di tale duplicazione delle 'vittime' dell'indebito pagamento, il dubbio in ordine a chi fra i due soggetti sia titolato ad esperire il rimedio può forse essere sciolto ragionando sui requisiti di legittimazione per l'esercizio dell'*actio furti*. Dal momento che legittimato attivo all'azione di furto è normalmente il proprietario dei beni sottratti⁵⁸,

⁵⁸ Abbiamo utilizzato l'avverbio 'normalmente' perché il *dominus* non è l'unico soggetto titolato ad esperire l'*actio furti*. La legittimazione potrebbe spettare anche al soggetto 'non proprietario', purché sussista un 'interesse' in tal senso. A riguardo si veda quanto afferma Gaio, che distingue due diverse situazioni: da un lato quanti rispondono per custodia dei beni ricevuti, come il lavapanni (*fullo*) e il sarto (*sarcinator*), che ricevono una mercede (*merces*) per la loro prestazione, o il comodatario, che ha il vantaggio dell'uso; dall'altro chi è responsabile solo per dolo, come il depositario, che ha l'obbligo di custodire il bene gratuitamente, senza ricevere in cambio alcun corrispettivo. In quest'ultimo caso l'*utilitas contractus* è tutta a favore del proprietario, al quale dunque spetterà l'*actio furti* (*actio domino competit*), non potendo rivalersi contro il depositario in caso di sottrazione dei beni. Diversamente, nelle altre ipotesi in caso di furto il *dominus* potrà ottenere il valore delle cose perse da coloro a cui le aveva affidate in 'locazione' (essendo il sarto e il lavapanni tipiche ipotesi di *locatio operis*) o in comodato: pertanto, l'*actio furti* spetterà al conduttore (*fullo* o *sarcinator*) o al comodatario, in quanto costoro sono titolari dell'interesse all'incolumità del bene (*interest rem salvam esse*). Cfr. Gai 3.205-207: «205. *Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcinenda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse.* 206. *Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendam custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.* 207. *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit; quia de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec*

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

occorre capire chi, a seguito del pagamento al *falsus creditor*, abbia la titolarità del diritto reale sui beni consegnati. Sul punto, possiamo affermare che il proprietario del *quid* sottratto dal *falsus creditor* è – e rimane anche dopo l'appropriazione da parte del *falsus creditor* – il debitore: ciò risulta dall'affermazione di Ulpiano, secondo cui il *falsus creditor* non acquista la proprietà del denaro («*nec nummi eius fient*»). D'altro canto, l'azione non potrebbe essere esercitata dal creditore *verus*, il quale non è ancora proprietario della somma, pur essendo l'unico legittimato a riceverla: la proprietà dei *nummi*, infatti, presuppone la loro consegna, che però non è avvenuta in suo favore. Da ciò parrebbe, dunque, potersi concludere che il soggetto legittimato ad esperire l'*actio furti* è il debitore che abbia effettuato il pagamento al creditore apparente (*falsus creditor*).

Volendo trarre qualche considerazione finale in merito all'analisi fin qui compiuta, possiamo prendere posizione concordando con quanti hanno escluso una compiuta costruzione giuridica da parte del diritto romano intorno alla figura del creditore apparente. Il tentativo di individuare un embrione di tale istituto nel *falsus procurator*, se certamente appare l'unica linea percorribile, non può però consentirci di considerarla esistente e già compiutamente delineata nel pensiero di Roma antica. Indubbiamente il fenomeno del pagamento al creditore apparente era già stato messo a fuoco dai giuristi romani, come testimonia il frammento esaminato; ma, una volta individuata la sanzione da comminare nei confronti di chi abbia indebitamente ricevuto l'adempimento del credito, l'attenzione della giurisprudenza romana subisce una battuta di arresto, senza preoccuparsi di considerare gli ulteriori risvolti del fenomeno, che non risulta essere venuto in rilievo in fattispecie diverse da quella citata da Ulpiano.

Per quanto concerne la fattispecie del creditore apparente, dunque, i profili di continuità fra diritto romano e diritto moderno sussistono nei limiti in cui entrambi gli ordinamenti si preoccupano di disciplinare il pagamento al 'falso creditore', individuando le conseguenze della condotta di colui che si finge legittimato a riceverlo. Ma, appena l'attenzione si sposta dalla figura del creditore apparente a quella del debitore, 'vittima' dell'apparenza, la continuità si dissolve ed emergono i profili di frattura: da un lato, il moderno diritto consente la liberazione del debitore, in virtù del legittimo affidamento da questi riposto; dall'altro, l'esperienza antica contempla unicamente la possibilità di agire contro il falso creditore mediante l'*actio furti*, per ottenere la condanna di colui che con l'inganno lo abbia indotto a consegnargli quanto spettava al creditore *verus*. Per questi motivi riteniamo di poter concludere che fra creditore apparente e *falsus creditor* i profili di frattura superano e sovrastano quelli, pur esistenti, di continuità.

4. L'*adiectus solutionis causa* nelle fonti giuridiche romane

Come anticipato nelle pagine introduttive del presente capitolo, il *falsus creditor* (o, più genericamente, il creditore apparente) non deve essere confuso con la diversa

ob id eius interest rem salvam esse, furti [itaque] agere non potest, sed ea actio domino competit». Per la traduzione e l'analisi del brano si rinvia a G. Santucci, *Diritto romano e diritti europei*, cit., pp. 72 ss.

ipotesi dell'*adiectus solutionis causa*⁵⁹. Quest'ultima figura – oggi contemplata, pur senza essere nominata, dal primo comma dell'articolo 1188 del codice civile – era ben nota al diritto romano, che già aveva immaginato l'eventualità in cui il creditore delegasse qualcun altro a ricevere il pagamento in sua vece. L'espressione *adiectus solutionis causa*, giunta fino ai nostri giorni, era utilizzata dai giuristi romani per identificare la persona 'aggiunta' – ciò significa '*adiecta*' – dal creditore, al momento della stipulazione, per ricevere il pagamento dal debitore. L'*adiectus* – moderno 'indicatario' – non era, dunque, un rappresentante o un mandatario del creditore, ma piuttosto un semplice preposto all'esazione: egli non acquistava alcun diritto, che sorgeva immediatamente in capo al titolare del credito; e, non acquistandolo, non poteva evidentemente neppure validamente disporne⁶⁰. Il pagamento effettuato all'*adiectus* era infatti considerato – almeno in epoca classica – alla stregua di una *res facti* e l'*adiectus* come un mero strumento per l'esecuzione dell'obbligazione: quest'ultimo poteva soltanto liberare il debitore ricevendo la prestazione e, d'altro canto, la liberazione del debitore conseguiva alla volontà del creditore, non certo dell'*adiectus*⁶¹.

Dato il suo ruolo 'strumentale', peraltro, l'*adiectus* poteva essere anche un incapace⁶², come un *furiosus* o un *pupillus*, che potevano ricevere il pagamento anche senza l'*auctoritas* del tutore o l'assistenza del curatore; similmente, poteva essere destinatario del pagamento anche un servo un figlio in potestà. La funzione 'stru-

⁵⁹ Per l'analisi manualistica dell'*adiectus solutionis causa* nel diritto romano, si vedano: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 393; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 339; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 446, A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 803 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 474, 542; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 435; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 657; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 367; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., p. 396; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 570, 637; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 603 ss.

⁶⁰ Sull'argomento si vedano le recenti osservazioni di C. Marvasi, *Inadempienze e risarcimento danni nel mandato: risposte alle questioni sostanziali e processuali nei rapporti fra mandante e mandatario*, Giuffrè, Milano 2013, p. 6, il quale a sua volta cita: A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 447 ss.; V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 393. L'Autore, in particolare, sottolinea come Tizio (ossia l'*adiectus*) non divenisse a sua volta creditore, ma un semplice destinatario del pagamento: pertanto, il debitore avrebbe potuto liberarsi dall'obbligazione eseguendola nei suoi confronti. Quanto, invece, ai rapporti tra creditore e *adiectus*, l'Autore ritiene che fossero normalmente regolati con l'*actio mandati*. La stessa opinione era già stata espressa da Francesco De Martino, secondo cui «in diritto classico [...] il rapporto interno tra creditore ed *adiectus* poteva essere vario, ma [...] il più delle volte l'*adiectus* era un semplice incaricato a riscuotere e quindi tenuto verso il *dominus* con l'*actio mandati*». L'Autore sottolinea poi la connessione tra l'*adiectio* e il contratto a favore di terzi, rilevando che «tutta la storia dell'*adiectus* è legata a quella del contratto a favore di terzi e della cessione delle obbligazioni». Rileva, infatti, come l'emersione e l'evoluzione storica di queste ultime due figure abbia condizionato il destino dell'*adiectus*, dal momento che «via via che tali istituti vennero riconosciuti, la figura dell'*adiectus* andò identificandosi con quella del terzo a cui favore ha stipulato il contratto» (cfr. F. De Martino, *s.v. Adiectus solutionis causa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1, Utet, Torino 1957, p. 285).

⁶¹ In particolare, contro la tesi che interpretava l'*adiectus solutionis causa* come un mandatario del creditore (*Ermächtigungsverhältnis*) si schierò nettamente Stanislaw Cugia (cfr. S. Cugia, *L'adiectus solutionis causa*, cit., *passim.*), secondo il quale i passi in cui l'*adiectus* compare in veste di mandatario sarebbero in verità interpolati.

⁶² Sul punto si veda ancora S. Cugia, *L'adiectus solutionis causa*, cit.

mentale' dell'*adiectus* in proseguito di tempo tuttavia venne mitigata e, nel diritto giustiniano divenne quasi «annebbiata»⁶³, tanto che si consentì, in determinate ipotesi, che il pagamento fosse eseguito anche ai rappresentanti degli incapaci, quali il curatore del *furiosus*, il tutore del pupillo, e il *dominus* dello schiavo⁶⁴.

L'eventuale indicazione di un soggetto terzo come possibile destinatario del pagamento avveniva al momento stesso della conclusione del negozio: la nomina dell'*adiectus* era contenuta nell'atto costitutivo dell'obbligazione – che nella maggior parte dei casi, stando alle informazioni in nostro possesso, era la *stipulatio* – e veniva di norma espressa attraverso un'autorizzazione rivolta al debitore, a cui si attribuiva la scelta di pagare direttamente al creditore o all'*adiectus*, nelle fonti solitamente indicato col nome '*Titius*'. La clausola tipicamente utilizzata in questi casi era «*mihi aut Titio dari*»⁶⁵, sebbene sia attestato il ricorso anche a formule in parte diverse, come «*mihi aut Titio, utrum ego velim*»⁶⁶ o «*mihi aut cui ego volam*»⁶⁷.

⁶³ Così si esprime F. De Martino, s.v. *Adiectus solutionis causa*, cit., p. 285.

⁶⁴ Le ipotesi del pagamento effettuato nei confronti del *furiosus*, del *pupillus* e del *servus* sono trattate contestualmente da Papiniano nel seguente brano: D. 46.3.95.7 (Pap. 28 quaest.): «*Nam si furiosi vel pupilli persona adiecta sit, ita tutori vel curatori pecunia recte dabitur, si condicionis quoque implendae causa recte pecunia tutori vel curatori datur. Quod quidem Labeo et Pegasus putaverunt utilitatis causa recipiendum: idque ita recipi potest, si pecunia in rem vel pupilli vel furiosi versa est, quomodo si domino iussus dare servo dedisset, ut domino daret. Ceterum qui servo dare iussus est, domino dando non aliter implesse condicionem intellegendus est, quam si ex voluntate servi dedit. Idem respondendum est in solutione, si stipulato Sempronio sibi aut Stichum Maevii servo decem dari debitor Maevio domino pecuniam solverit*». Del pagamento al *filius familias* si occupa, invece, Paolo: D. 46.3.59 (Paul. 2 ad Plaut.): «*Si ita stipulatus sim: "Mihi aut Titio dare spondes?" et debitor constituerit se mihi soluturum, quamvis mihi competat de constituta actio, potest adhuc adiecto solvere. Et si a filio familias mihi aut Titio stipulatus sim, patrem posse Titio solvere quod in peculio est, scilicet si suo, non filii nomine solvere velit: dum enim adiecto solvitur, mihi solvi videtur: et ideo si indebitum adiecto solutum sit, stipulatori posse condici Iulianus putat: ut nihil intersit, iubeam te Titio solvere an ab initio stipulatio ita concepta sit*».

⁶⁵ Le fonti che attestano l'utilizzo della clausola «*mihi aut Titio*» sono innumerevoli. Ci limitiamo a fornire qualche esempio: D. 46.1.23 (Marc. 4 reg.): «*Si "mihi aut Titio decem?" stipulatus fuerim, Titius fideiussorem accipere non potest, quia solutionis tantum causa adiectus est*»; D. 46.1.34 (Paul. 72 ad ed.): «*Hi, qui accessionis loco promittunt, in leviores causas accipi possunt, in deteriores non possunt. Ideo, si a reo mihi stipulatus sim, a fideiussore mihi aut Titio, meliorem causam esse fideiussoris Iulianus putat, quia potest vel Titio solvere. Quod si a reo mihi aut Titio stipulatus, a fideiussore mihi tantum interrogem, in deteriore causam acceptum fideiussorem Iulianus ait. Quid ergo, si a reo Stichum aut Pamphilum, a fideiussore Stichum interrogem? Utrum in deteriore causam acceptus est sublata electione? An in meliorem, quod et verum est, quia mortuo eo liberari potest?*»; D. 46.3.71 pr. (Cels. 27 dig.): «*Cum decem mihi aut Titio dari stipulatus quinque accipiam, reliquum promissor recte Titio dabit*»; D. 46.3.81 pr. (Pomp. 6 ad Q. Muc.): «*Si stipulatus sim mihi aut Titio dari, si Titius decesserit, heredi eius solvere non poteris*»; D. 46.3.95.6 (Pap. 28 quaest.): «*Usum fructum mihi aut Titio dari stipulatus sum: Titio capite deminuto, facultas solvendi Titio non intercidit, quia et sic stipulari possumus: "Mihi aut Titio, cum capite minutus erit, dari?"*».

⁶⁶ Come esempi di utilizzo della clausola «*mihi aut Titio, utrum ego velim*» si vedano: D. 45.1.118.2 (Pap. 27 quaest.): «*"Decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?" ex eo, quod mihi dandum est, certi stipulatio est, ex eo, quod illi solvendum, incerti: finge mea interesse Titio potius quam mihi solvi, quoniam poenam promiseram, si Titio solutum non fuisset*»; D. 45.1.75.8 (Ulp. 22 ad ed.): «*Qui illud aut illud stipulatur, veluti "decem vel hominem Stichum", utrum certum an incertum deducit in obligationem, non immerito quaeritur: nam et res certae designantur et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. Sed utcumque is, qui sibi electionem constituit adiectis his verbis "utrum ego velim",*

Era inoltre possibile che, con la formula con cui il creditore aggiungeva un ulteriore possibile destinatario del pagamento, introducesse una distinzione in ordine alle rispettive prestazioni, ammettendo così che il debitore potesse liberarsi eseguendo nei confronti del creditore o dell'*adiectus* due prestazioni diverse, per esempio pagando una somma di denaro o consegnando uno schiavo («*decem mihi aut hominem Titio dari*»)⁶⁸. Se, dunque, l'oggetto della prestazione poteva variare in ragione del suo destinatario, creditore o *adiectus*, non sembra che lo stesso principio valesse per il luogo (*locus solutionis*) e per il tempo (*tempus solutionis*) dell'adempimento, rispetto ai quali, almeno in diritto classico, pare vi fosse minore flessibilità. La questione tuttavia non è pacifica, dal momento che le fonti non sono esaustive sul punto: anzi, in dottrina è stato recentemente sostenuto che alcune testimonianze sarebbero «indicative di una tendenza giurisprudenziale del III terzo secolo, orientata nel senso della liberazione del debitore che avesse pagato *alibi* all'*adiectus solutionis causa*»⁶⁹.

potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere: qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur».

⁶⁷ L'utilizzo della formula «*mihi aut cui ego volam*» è attestato da Scevola: D. 32.37.3 (Scaev. 18 dig.): «*Pater emancipato filio bona sua universa exceptis duobus servis non mortis causa donavit et stipulatus est a filio in haec verba: "Quae tibi mancipia quaeque praedia donationis causa tradidi cessi, per te non fieri dolo malo neque per eum ad quem ea res pertinebit, quo minus ea mancipia quaeque ex his adgnata erunt eaque praedia cum instrumento, cum ego volam vel cum morieris, quaeque eorum exstabant neque dolo malo aut fraude factove tuo eiusque ad quem ea res pertinebit in rerum natura aut in potestate esse desissent, si vivam mihi aut cui ego volam reddantur restituantur, stipulatus est Lucius Titius pater, spondit Lucius Titius filius". Idem pater decedens epistulam fideicommissariam ad filium suum scripsit in haec verba: "Lucio Titio filio suo salutem. Certus de tua pietate fidei tuae committo, uti des praestes illi et illi certam pecuniam: et lucionem servum meum liberum esse volo". Quaesitum est, cum filius patris nec bonorum possessionem acceperit nec ei heres exstiterit, an ex epistula fideicommissa et libertatem praestare debeat. Respondit, etsi neque hereditatem adisset neque bonorum possessionem petisset et nihil ex hereditate possideret, tamen nihilo minus et ex stipulatu ab heredibus patris et fideicommissa ab his quorum interest quasi debitorem conveniri posse, maxime post constitutionem Divi Pii, quae hoc induxit».*

⁶⁸ D. 45.1.141.5 (Gai 2 de verb. obligat.): «*Cum "mihi aut Titio" stipulor, dicitur aliam quidem rem in personam meam, aliam in Titii designari non posse, veluti "mihi decem aut Titio hominem": si vero Titio ea res soluta sit, quae in eius persona designata fuerit, licet ipso iure non liberetur promissor, per exceptionem tamen defendi possit*»; D. 46.3.98.6 (Paul. 15 quaest.): «*Mihi Romae aut Ephesi Titio dari stipulor: an solvendo Titio Ephesi a me liberetur, videamus: nam si diversa facta sunt, ut Iulianus putat, diversa res est. Sed cum praevalat causa dandi, liberatur: liberaretur enim et si mihi Stichum, illi Pamphilum dari stipulatus essem et Titio Pamphilum solvisset. At ubi merum factum stipulor, puta insulam in meo solo aedificari aut in Titii loco, numquid, si in Titii loco aedificet, non contingat liberatio? Nemo enim dixit facto pro facto soluto liberationem contingere. Sed verius est liberationem contingere, quia non factum pro facto solvere videtur, sed electio promissoris completur».*

⁶⁹ Questa è l'opinione di F. Pulitanò, *De eo quod certo loco: studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 2009, p. 210, la quale fa riferimento soprattutto ad un brano di Ulpiano, che a sua volta riporta il pensiero di Giuliano: D. 13.4.2.7 (Ulp. 27 ad ed.): «*Idem Iulianus tractat, an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilo minus possit intendere sibi dari oportere. Et Iulianus scribit liberationem non contigisse atque ideo posse peti quod interest. Marcellus autem et alias tractat et apud Iulianum notat posse dici et si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitus accipere non cogar: plane si non contigit liberatio, dicendum ait superesse petitionem integrae summae, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summae solutio distare a fabrica insulae et ideo quod interest solum petendum».* L'Autrice instaura un raffronto tra la posizione di Giuliano e quella di

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

L'inserimento di simili clausole nel regolamento negoziale costituiva una particolare applicazione del negozio verbale *sponsio-stipulatio*, con cui si introduceva nel rapporto obbligatorio un ulteriore soggetto. In sostanza, l'*obligatio* poteva intercorrere fra due sole persone (debitore e creditore) o tra più individui. Se nell'ambito della *stipulatio* fosse stato indicato soltanto il creditore, il pagamento avrebbe avuto effetto liberatorio solo se eseguito nei suoi confronti. Se, invece, nella *stipulatio* fosse stata inserita una delle clausole sopra menzionate, al rapporto sarebbe stato aggiunto (*adiectus*) un nuovo soggetto, individuato in via preventiva come possibile destinatario del pagamento (*solutionis causa*) alternativo (*aut*) rispetto al creditore.

La circostanza che la nomina dell'*adiectus* equivalesse, nella sostanza, ad un'autorizzazione preventiva a ricevere il pagamento consente di ricavare che, *a contrario*, l'adempimento effettuato nelle mani di una persona diversa dal creditore o dall'*adiectus* (e dunque non autorizzata) sarebbe stato invalido e privo di effetto liberatorio per il debitore che lo avesse compiuto. Inoltre, proprio perché inserita all'interno del contratto di *stipulatio*, la facoltà di scegliere il soggetto nei confronti del quale eseguire il pagamento, una volta concessa dal creditore, era irrevocabile: la *stipulatio* infatti, in quanto atto bilaterale, non avrebbe potuto essere modificata attraverso un successivo atto unilaterale del creditore. Perciò, un eventuale futuro divieto di adempiere nei confronti dell'*adiectus* sarebbe stato privo di effetto e il debitore avrebbe comunque potuto eseguire il pagamento anche nelle mani del secondo aggiunto, con effetto liberatorio⁷⁰.

L'*adiectio* di un soggetto ulteriore rispetto alle parti principali del rapporto (creditore e debitore) poteva, peraltro, riguardare anche un'altra ipotesi, in cui accanto al primo creditore se ne aggiungeva un secondo, che, come ci riporta Gaio, veniva qualificato come *adstipulator* («*quem vulgo adstipulatorem vocamus*») ⁷¹. In particolare, mentre l'*adiectus solutionis causa* era una persona, diversa dal creditore, legittimata a ricevere (validamente e con effetto liberatorio per il debitore) il pagamento per conto del creditore, l'*adstipulator* era un soggetto – normalmente una persona di fiducia del creditore – che stipulava col debitore un'obbligazione avente lo stesso og-

Ulpiano, espressa in D. 13.4.9 (Ulp. 47 *ad Sab.*): «*Is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest*». Da quest'ultimo brano, in particolare, potrebbe ricavarsi che «Ulpiano senz'altro accoglieva il divieto di *solvere invito stipulatore*, ma non sappiamo se egli, a differenza di Giuliano, applicasse la regola anche all'*adiectio solutionis causa*».

⁷⁰ D. 46.3.12 pr.-4 (Ulp. 30 *ad Sab.*): «*pr. Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est. 1. Interdum tamen et non procuratori recte solvitur: ut puta cuius stipulationi nomen insertum est, si quis stipuletur sibi aut Titio. 2. Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor. 3. Alia causa est, si mihi proponas stipulatum aliquem sibi aut Titio: hic enim etsi prohibeat me Titio solvere, solvendo tamen liberabor, quia certam condicionem habuit stipulatio, quam immutare non potuit stipulator. 4. Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur*».

⁷¹ Si veda la nota introduttiva di F. Pastori, *Il negozio verbale in diritto romano*, Cisalpino, Milano 1994, p. 13: «Altre peculiari applicazioni del negozio verbale furono la costituzione di garanzia (*sponsio, fidepromissio* e *fideiussio*), l'applicazione di una penale per rafforzare la protezione di determinati obblighi per sanzionarli se sprovvisti di tutela (*stipulatio poenae*), la legittimazione di un altro soggetto attivo e passivo quale parte di rapporti obbligatori (*adiectus solutionis causa* e *adstipulator*)».

getto di quella originaria⁷². La formula utilizzata in questo caso era «*idem dari spondes?*», con cui il terzo si faceva promettere, in una seconda stipulazione (la quale poteva anche essere sottoposta a termine o condizione) quanto promesso allo stipulante, eventualmente anche in una quantità minore: l'*adstipulator* dunque, a differenza dell'*adiectus*, assumeva le vesti di 'concreditore' e aveva la possibilità di agire contro il promittente in concorso con lo stipulante. Al contrario, l'*adiectus* era, come abbiamo detto, un mero 'strumento' per l'adempimento e, pertanto, non poteva esercitare alcuna azione a tutela del credito: egli non poteva né agire in giudizio per chiedere il pagamento, né effettuare la *litis contestatio*⁷³. Inoltre, non essendo titolare del diritto di credito, non poteva estinguerlo in modo diverso dal pagamento, ad esempio rimettendo il debito o effettuando una novazione⁷⁴, né il alcun modo modificarlo o altrimenti disporne, anche eventualmente accettando garanzie da altri offerte, senza un'apposita indicazione in tal senso da parte del legittimo creditore⁷⁵.

Da quanto osservato, dunque, risulta confermata la differenza sia di essenza sia di funzione della figura dell'*adiectus solutionis causa* rispetto a quella, da un lato, del *falsus creditor*, dall'altro, del *falsus procurator*: in queste ultime due ipotesi, infatti, il soggetto finge di possedere il titolo o quantomeno l'autorizzazione a riscuotere il pagamento, laddove invece tale autorizzazione del *dominus* rappresenta proprio l'elemento costitutivo dell'*adiectio*. Non vi è, perciò, margine di sovrapposibilità tra queste figure, rispetto alle quali l'affinità è soltanto 'apparente'.

⁷² L'espressione '*adstipulator*' è utilizzata da Gaio nel frammento 3.110, nonché nei frammenti successivi, nei quali il giurista si diffonde sulla figura e sulla diversa casistica ad essa afferente. Cfr. Gai 3.110-114: «110. *Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipuletur, quem vulgo adstipulatorem vocamus.* 111. *Et huic proinde actio competit proindeque ei recte solvitur ac nobis; sed quidquid consecutus erit, mandati iudicio nobis restituere cogetur.* 112. *Ceterum potest etiam aliis verbis uti adstipulator, quam quibus nos usi sumus. Itaque si verbi gratia ego ita stipulatus sim: "dari spondes?" ille sic adstipulari potest: "idem fide tua promittis?" vel: "idem fide iubes?" vel contra.* 113. *Item minus adstipulari potest, plus non potest. Itaque si ego sestertia X stipulatus sim, ille sestertia V stipulari potest; contra vero plus non potest. Item si ego pure stipulatus sim, ille sub conditione stipulari potest; contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.* 114. *In hoc autem iure quaedam singulari iure observantur. Nam adstipulatoris heres non habet actionem. Item servus adstipulando nihil agit, qui ex ceteris omnibus causis stipulatione domino acquirit. Idem de eo, qui in mancipio est, magis placuit; nam et is servi loco est. Is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non acquirit, quamvis ex omnibus ceteris causis stipulando ei acquirat; ac ne ipsi quidem aliter actio competat, quam si sine capitis diminutione exierit de potestate parentis, veluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est. Eadem de filia familias et quae in manu est, dicta intellegemus».*

⁷³ D. 46.3.57 pr.-1 (Ulp. 77 ad ed.): «pr. *Si quis stipulatus fuerit "decem in melle", solvi quidem mel potest, antequam ex stipulatu agatur: sed si semel actum sit et petita decem fuerint, amplius mel solvi non potest.* 1. *Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solvi non potest, quamvis ante litem contestatam posset».*

⁷⁴ Il divieto di procedere a novazione è chiaramente messo in luce da Paolo in D. 46.2.10 (Paul. 11 ad Sab.): «*Cui recte solvitur, is etiam novare potest, excepto eo, si mihi aut Titio stipulatus sim: nam Titius novare non potest, licet recte ei solvitur*» e in D. 46.3.10 (Paul. 4 ad Sab.): «*Quod stipulatus ita sum "mihi aut Titio", Titius nec petere nec novare nec acceptum facere potest, tantumque ei solvi potest*». Quest'ultimo brano attesta più genericamente il divieto di estinguere l'obbligazione in modo diverso rispetto al pagamento: oltre alla novazione, era vietata anche l'*acceptilatio* e in generale il pagamento rivolto a soggetti diversi dal creditore o dall'*adiectus*.

⁷⁵ Sul punto si veda quanto rilevato da A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 445-446.

5. Osservazioni conclusive in ordine al *falsus creditor* come 'avus' del creditore apparente: una continuità '*magis speciosa quam vera*'

Avendo ricostruito nei paragrafi che precedono i tratti fondamentali della figura del creditore apparente, come distinto dall'*adiectus solutionis causa*, e avendo individuato le possibili tracce di un antecedente storico nell'ambito delle fonti romane, possono a questo punto trarsi le conclusioni dell'analisi finora svolta.

L'obiettivo prefissoci era diretto, come dichiarato, a tentare una rivalutazione e una nuova lettura della figura del creditore apparente nel diritto romano. In particolare, a fronte di un'innegabile penuria di fonti che espressamente invocino tale istituto, abbiamo cercato di indagare se l'unica conclusione possibile sia la sua esclusione dal panorama giuridico romano; o se, al contrario, pur nell'esiguità di testimonianze che affrontino direttamente il tema, sia tuttavia possibile rinvenire fattispecie che, anche mediante la rappresentazione di figure eterogenee (come quella dell'*adiectus solutionis causa* o dell'*adpromissor*), facciano emergere già nel passato un'attenzione rispetto a fenomeni modernamente qualificabili come *lato sensu* di 'apparenza'⁷⁶. Un simile tentativo non ci pare sia necessariamente da rigettare o da mistificare se compiuto per sincere ed autentiche ragioni di studio, con la mente sgombra da preconcetti, e dunque diretto non ad individuare le ragioni che sorreggono la tesi che si vuole sostenere, ma piuttosto a studiare il fenomeno giuridico nella sua reale portata storica, valorizzando, laddove presenti, i segnali di comunicabilità rispetto agli istituti moderni. Se non effettuata in questi termini, al contrario, tale operazione rischia di risultare forzata e le ragioni addotte a sostegno effimere, privando così di contenuto e di interesse la tesi proposta.

In quest'ottica, dunque, la nostra ricerca in tema di creditore apparente non mirava certo ad individuare risultati con portata innovativa o dirompente: obiettivo che avrebbe evidentemente peccato di eccessiva ambizione, finanche forse di arroganza, dal momento che la figura del creditore apparente – come rilevato dagli autori che fino ad oggi si sono occupati anche marginalmente del tema – non pare essere stata oggetto dell'interesse dei giuristi romani, come d'altra parte testimoniato dalle fonti in nostro possesso, che solo in un unico caso menzionano il *falsus creditor*. Se, dunque, un'impresa volta a rinvenire l'inesistente o ad argomentare tesi innovative senza sicuri riferimenti testuali sarebbe risultata priva di ogni fondamento e utilità – paragonabile alla 'battaglia contro i mulini a vento' di Don Chisciotte – ciò non toglie che un lavoro di ricerca che si proponesse di analizzare le figure di apparenza giuridica nel mondo romano non poteva certo esimersi dal prendere in considerazione anche il fenomeno del pagamento al creditore apparente, che nel nostro ordinamento rappresenta innegabilmente una delle principali manifestazioni del principio dell'*apparentia iuris*. Nel far questo, oltre ad esaminare l'unica imprescindibile fon-

⁷⁶ Tale operazione di 'ricerca del simile' viene condotta nella consapevolezza che, anche laddove dia esito positivo, quasi mai potrà condurre a risultati totalmente conformi a quelli propri degli istituti odierni, ai quali è ciononostante imprescindibile guardare ogni volta che si cerchi di instaurare un paragone tra moderno e antico, cercando di rinvenire (con una sorta di inversione cronologica) il 'nuovo' nel 'vecchio'.

te che offre, seppur attraverso un breve inciso – peraltro, come visto, di discussa epoca – la definizione di *falsus creditor*, si sono analizzate anche svariate testimonianze in cui viene presa in considerazione la diversa figura dell'*adiectus solutionis causa*. Tutto questo non perché si sia incorsi in errore, confondendo figure tra loro eterogenee, ma poiché si ritiene che i due fenomeni (creditore apparente e *adiectus solutionis causa*) debbano essere affrontati congiuntamente, per più motivi: da un lato, proprio per coglierne i tratti distintivi e per non rischiare un'indebita sovrapposizione tra gli stessi; dall'altro, per capire se l'apparenza giuridica come categoria possa riguardare soltanto la figura dell'erede apparente o, viceversa, possa estendersi fino ad inglobare anche il soggetto individuato dal creditore 'vero' come destinatario del pagamento, ossia come 'aggiunto' (*adiectus*) per l'adempimento.

In realtà, le conclusioni relative a questo secondo aspetto non possono che essere negative, in quanto la figura dell'*adiectus solutionis causa*, com'è evidente, non può considerarsi espressione di un fenomeno di apparenza, in quanto carente quantomeno sotto il profilo soggettivo. In particolare, se dal punto di vista oggettivo potrebbe anche ipotizzarsi una sovrapposizione tra creditore apparente e *adiectus solutionis causa*, dal momento che entrambi si presentano al debitore come soggetti legittimati a ricevere il pagamento, anche se non sono i reali titolari del credito – e dunque appaiono creditori agli occhi del pagante, pur essendo sprovvisti di tale veste – tuttavia i due fenomeni si distinguono anzitutto sotto il profilo della legittimazione. Infatti, mentre il creditore 'falso' (apparente) agisce in via di mero fatto, senza aver ricevuto alcuna investitura formale da parte del creditore 'vero', l'*adiectus solutionis causa*, invece, opera proprio sulla base di un incarico o di una richiesta proveniente dal legittimo titolare, che dunque è consapevole della riscossione e addirittura l'autorizza. Anzi, talvolta, come dimostrato dalle fonti, la presenza dell'*adiectus* è 'oggettivizzata', cioè è resa parte del regolamento contrattuale a cui le parti si vincolano. In proposito, abbiamo analizzato vari passi in cui i soggetti, nell'effettuare un contratto di *stipulatio*, esplicitamente ammettono in via preventiva che un terzo possa intervenire come accipiente delle somme o delle *res* oggetto dell'obbligazione, o in generale come destinatario della prestazione promessa dallo *stipulator*, attraverso l'inserzione dell'inciso «*mihi aut Titio*»⁷⁷. In questo caso Tizio, ossia il terzo *adiectus* rispetto alle parti del rapporto obbligatorio (creditore e debitore), ha una legittimazione formale ad intervenire come accipiente del credito; legittimazione data *a priori* proprio da parte del creditore o, nel caso in cui la formula sia inserita all'interno della *stipulatio*, da entrambe le parti⁷⁸. Laddove quella promessa sia effettuata menzionando anche un terzo soggetto, è chiaro che questo entra a far parte del regolamento contrattuale voluto o quantomeno accettato da entrambe le parti, le quali non potranno dunque dirsi ignare circa la reale veste e l'effettivo ruolo svolto dal terzo da loro stesse 'aggiunto', rispetto al quale non potrà certo invocarsi

⁷⁷ Tanto che – come già rilevato – la ricorrenza di tale inciso, attestata in svariate occasioni e in diversi ambiti dei rapporti tra privati, ne dimostra senza dubbio la diffusione, tale da renderlo una vera e propria clausola stilistica, se non da elevarlo addirittura al rango di consuetudine.

⁷⁸ La *stipulatio* è infatti un contratto, e dunque un negozio frutto dell'incontro delle volontà di due soggetti, l'uno che pone la domanda, l'altro che effettua la promessa.

un'apparente titolarità del credito. Non si pongono, quindi, in questo caso problemi di affidamento in virtù del comportamento tenuto dall'accipiente, il quale, oltre all'apparenza di soggetto titolato a ricevere il pagamento, ne possiede evidentemente anche la sostanza.

Escluso dunque, per quanto appena riassunto, che la figura dell'*adiectus solutionis causa* possa rientrare nel concetto di apparenza, ed escluso anche che la figura del creditore apparente abbia conosciuto nel diritto romano una consistenza tale da renderla un istituto configurabile nella sua individualità, ci siamo tuttavia domandati se non dovesse comunque attribuirsi un qualche rilievo a quella per quanto isolata fonte che del *falsus creditor* fa menzione. Rispetto a tale interrogativo, ciò che in queste pagine si è timidamente cercato di sostenere è che se un giurista come Ulpiano ha voluto qualificare espressamente il *creditor* come '*falsus*', creando così un parallelo rispetto alla figura del *falsus procurator*, ciò significa che le due figure erano percepite come assimilabili, quanto meno nella loro struttura giuridica, riflessa poi (anche per ragioni di ordine logico-espositivo, non certo estranee alla mentalità romana) nella rispettiva struttura onomastica. In merito a ciò, peraltro, si ritiene irrilevante l'asserita non autenticità dell'inciso che offre la definizione di *falsus creditor*, tacciato di essere frutto di un'aggiunta postclassica, in quanto ai nostri fini ciò che conta è che, al più tardi nell'opera di compilazione, si sia sentita la necessità di definire – e di isolare nella sua individualità, contribuendo così ad attribuirle un'identità propria – la figura del 'falso creditore', ossia di colui che si presenta agli occhi altrui (in particolare a quelli del debitore) come creditore, non essendo in realtà tale.

Tuttavia, sebbene tale aspetto accomuni il *falsus creditor* ulpiano al profilo del nostro creditore apparente dell'articolo 1189 c.c., almeno a voler assecondare il desiderio di rinvenire un filo diretto che (quasi senza soluzione di continuità) leghi passato e futuro, abbiamo in verità rilevato la differente prospettiva in cui i due fenomeni – *falsus creditor* delle fonti romane e creditore apparente del codice civile italiano – si inseriscono. Come visto, infatti, se da un lato la disciplina relativa al creditore apparente nasce e si sviluppa in un'ottica di tutela del terzo contraente, che in buona fede ha pagato al soggetto che appariva legittimato a ricevere detto pagamento, dall'altro il *falsus creditor* (esattamente come il *falsus procurator*) muove da un'ottica punitiva del terzo che si spaccia per qualcuno che non è, arrogandosi qualifiche e facoltà che in verità non gli spettano, in quanto non sono state conferite da nessuno (né dal vero creditore nel caso del *falsus creditor*, né dal rappresentato o dal mandante nel caso del *falsus procurator*).

Ciò risulta evidente se solo si osservi come sono presentate le situazioni in cui vengono in rilievo le due figure: da un lato, il furto del *falsus creditor* e, dall'altro, il pagamento al creditore apparente. In particolare, nel caso del *falsus creditor* ciò che si tende a sottolineare è la condotta illecita del creditore fittizio, che, ricevendo indebitamente il pagamento, si appropria in modo illegittimo della cosa altrui, commettendo così *furtum*.

Nel contesto del diritto romano viene, dunque, posta l'attenzione sul comportamento illecito del terzo accipiente *sine iusta causa*, il quale proprio in virtù dell'illiceità della propria condotta, realizzata in assenza di titolarità, induce a qualificare il *creditor* come '*falsus*'. In tale ottica, dunque, la fattispecie che vede protagonista il *falsus creditor* dovrebbe qualificarsi – in base alle nomenclature moderne

– come ‘apparenza colposa’; al contrario, il pagamento al creditore apparente nella costruzione del nostro codice civile configura un’ipotesi di ‘apparenza pura’, rilevante a prescindere dal contegno del creditore e dal suo eventuale concorso alla determinazione dello stato di apparenza. La prospettiva del moderno legislatore muove, infatti, dalla volontà di tutelare il debitore che ha effettuato il pagamento ad un soggetto non legittimato a riceverlo, ma che appariva oggettivamente tale. La figura del creditore apparente – e dunque ‘falso’, non reale – rimane sullo sfondo, come elemento costitutivo della fattispecie che legittima un’inversione rispetto alla disciplina consueta in tema di pagamento, la quale autorizza esclusivamente il creditore o colui che è stato da lui designato (dunque anche l’*adiectus*) a riscuotere il dovuto.

Alla luce di tale distinzione e della diversa prospettiva in cui devono essere inquadrati i due fenomeni, riteniamo quindi di dover ribadire quanto in parte già anticipato nel concludere l’analisi del passo ulpiano che riporta il caso del *falsus creditor*, laddove abbiamo osservato che in relazione ad esso i profili di frattura rispetto alla modernità superano quelli di continuità. Infatti, nonostante l’indiscussa assonanza concettuale e anche onomastica con cui i due istituti si presentano, le ragioni che li ispirano e le finalità che li animano riducono questa apparente vicinanza, collocandoli, quantomeno sotto il profilo teleologico, su piani differenti. Se così è, ci permettiamo allora di prendere in prestito le parole con cui Gaio – pur in tutt’altro contesto – sottolineava la distanza tra ‘ciò che appare’ e ‘ciò che è’, contrapponendo quanto è manifestato all’esterno rispetto alla sua intima e reale essenza; e con tali parole concludere affermando che l’assimilazione tra creditore apparente e *falsus creditor* pare, ai nostri occhi, ‘*magis speciosa quam vera*’⁷⁹.

⁷⁹ La celebre affermazione è contenuta nel frammento 190 del primo libro delle *Institutiones* gaiane. In esso il giurista prende le distanze rispetto alla motivazione addotta dai *veteres* a fondamento dell’istituto della tutela muliebre, giustificata in ragione dell’asserita inferiorità e debolezza della donna sia dal punto di vista fisico (*infirmitas sexus*), sia dal punto di vista psicologico (*levitas animi*). Gai 1.190: «*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: nam quae vulgo creditor, quin levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitae auctor fieri a praetore cogitur*». Il riferimento alla ‘*levitas animi*’ era, peraltro, già stato illustrato da Gaio nel precedente frammento 144, nel quale viene prospettata la distinzione tra il regime della tutela previsto per i soggetti impuberi (*tutela impuberum*), di genere maschile o femminile, e quello della tutela imposta alle donne anche una volta raggiunta la pubertà (*tutela mulierum*). Gai 1.144: «*Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: masculini quidem sexus inpuberibus, feminini vero inpuberibus puberibusque, vel cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*».

Capitolo IV

L'apparenza del diritto nella rappresentanza e nel mandato: rappresentante apparente e *falsus procurator*

SOMMARIO: 1. La rappresentanza apparente e il *falsus procurator* nel diritto civile italiano. – 2. La ricerca di un antecedente storico: il *falsus procurator* nel diritto romano. – 3. Il fenomeno della rappresentanza nel diritto romano. – 4. La nozione di *procurator*: le principali questioni interpretative. – 4.1 La distinzione tra *procurator omnium bonorum* e *procurator unius rei* e il rapporto con il *procurator ad litem*. – 4.2 Il significato del termine *procurator*: l'asserita 'non giuridicità' dell'originario procuratore. – 5. *Procurator* 'non mandatario' e *procurator* 'simulatore': i diversi orientamenti dottrinali sulla figura del *falsus procurator*. – 5.1 La tesi interpolazionista o 'negativa': il *falsus procurator* come 'non mandatario'. – 5.2 La tesi della simulazione o 'positiva': il *falsus procurator* come 'simulatore'. – 6. Il *falsus procurator* nelle fonti romane: *simulatio*, *mala fides* e *furtum*. – 6.1 Il pagamento al *falsus procurator* e la responsabilità per il *furtum* dei *nummi*. – 6.2 Il *falsus procurator* 'sopravvenuto': *primum mandatam, deinde vetitum*. – 6.3 Un diverso tipo di 'simulatore': il *falsus procurator* e l'*usurpatio* dell'altrui identità. – 7. Osservazioni conclusive in tema di *falsus procurator* e rappresentante apparente: il 'ritorno' della mala fede.

1. La rappresentanza apparente e il *falsus procurator* nel diritto civile italiano

Concluso l'esame relativo alla figura del creditore apparente e alle conseguenze giuridiche di un pagamento eseguito nei suoi confronti, occorre adesso prendere in considerazione la diversa ipotesi in cui l'apparenza connota non la titolarità del diritto soggettivo, ma il potere di agire per conto del relativo titolare. Ci accingiamo, dunque, a trattare il fenomeno della rappresentanza apparente¹.

¹ In tema di rappresentanza apparente e di *falsus procurator* sono numerosi i contributi, provenienti sia dalla dottrina, sia, stante la matrice prettamente giurisprudenziale dell'istituto, dagli altri operatori del diritto, come dimostrano le varie note alle sentenze che si occupano dell'argomento. Fra i molti studi ci limitiamo a ricordare la monografia di V. Di Gregorio, *La rappresentanza apparente*, Cedam, Padova 1996, che segue i precedenti lavori Id., *Contemplatio domini e rappresentanza apparente*, in *NGCC*, 8/2 (1992), pp. 211-235; Id., *Rappresentanza apparente*, in G. Visintini (a cura di), *Rappresentanza e gestione*, Cedam, Padova 1992, pp. 49-51. Inoltre, pur senza pretesa di esaustività: F. Accettella, *Pagamento di assegno non trasferibile a persona qualificatasi come rappresentante del prenditore (nota a Cass. Civ., sez. I, 13 maggio 2005, n. 10118)*, in *Banca borsa*, 59/6 (2006), pp. 686-698; G. Ballarani, s.v. *Rappresentanza*, in *Il diritto: enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, (diretta da Salvatore Patti), vol.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Tale ipotesi, come accennato nel capitolo introduttivo, non è espressamente contemplata dal nostro codice civile: ciò segna già il primo punto di differenza rispetto agli istituti dell'erede e del creditore apparente, che sono oggetto di disciplina legislativa. Al contrario, la figura della rappresentanza apparente – e parimenti il suo protagonista, ancora oggi definito quale *falsus procurator* – ha matrice giurisprudenziale. Anzi, oggi sempre più spesso questioni afferenti a tali problematiche giungono davanti al giudice, anche di legittimità, dovendo dunque considerarsi a tutti gli effetti 'diritto vivente'.

Volendo provare a descrivere tale fenomeno, occorre anzitutto partire dalle fattispecie contemplate dal nostro legislatore, il quale, pur non prendendo espressamente in considerazione il *falsus procurator*, disciplina il fenomeno della 'rappresentanza senza potere'. Quest'ultima può astrattamente configurarsi in due diverse ipotesi: *in primis*, qualora il soggetto non abbia ricevuto dal *dominus* alcun conferimento del potere rappresentativo (cosiddetto 'difetto di rappresentanza'); in secondo luogo, laddove, pur disponendo di tale potere, abbia agito eccedendone i limiti (cosiddetto 'eccesso di rappresentanza'). In tali casi, dunque, stando al regime ordinario del codice, il negozio eventualmente concluso dal rappresentante in assenza del relativo

12, Il Sole 24 ore, Milano 2007, pp. 640-648; F. Bile, *Rappresentanza e mandato*, in *Enc. for.*, vol. 6, Vallardi, Milano 1961, pp. 89-99; F. Bonelli, *Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano 1968; P. L. Carbone, *Pagamento al rappresentante apparente del creditore: apparenza obiettiva o colpevole? (nota a Cass. Civ., sez. II, 7 maggio 1992, n. 5436)*, in *Corr. giur.*, 7 (1992), pp. 759-766; G. Cassano, *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: la rappresentanza apparente*, in *Contr.*, 11/1 (2003), pp. 72-77; G. Ceccherini, *Apparenza di rappresentanza e responsabilità del dominus (nota a Cass. Civ., sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299)*, in *Corr. giur.*, 12 (1999), pp. 1501-1510; G. Cominelli, *s.v. Ratifica*, in *Dig. it.*, vol. 20/1, Utet, Torino 1915, pp. 158-168; P. D'Amico, *s.v. Rappresentanza (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 29, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1993, pp. 1-20; W. D'Avanzo, *s.v. Rappresentanza (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 14, Utet, Torino 1968, pp. 800-832; G. Frè, *s.v. Rappresentanza (diritto privato)*, in *N. dig. it.*, vol. 10, Utet, Torino 1937, pp. 1096-1100; M. Graziadei, *s.v. Ratifica*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 16, Utet, Torino 1996, pp. 303-310; A. Graziani, *La rappresentanza senza procura*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Jovene, Napoli 1953, pp. 1-60; G. Minervini, *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del 'dominus' (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 giugno 1946, n. 766)*, in *Foro it.*, 1 (1947), pp. 380-383; G. Mirabelli, *s.v. Ratifica (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 14, Utet, Torino 1967, pp. 879-894; U. Natoli, *s.v. Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. 38, Giuffrè, Milano 1987, pp. 463-485; R. Nicolò, *La c.d. procura apparente*, in *Raccolta di scritti*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1980, pp. 357-380; A. Orestano, *Apparenza 'colposa': riaffermazione di un principio in materia di rappresentanza di S.p.A. (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 settembre 1995, n. 9902)*, in *Corr. giur.*, 6 (1996), pp. 671-680; F. Romano, *La ratifica nel diritto privato*, Morano, Napoli 1964; F. Romano, *La ratifica nel diritto privato*, (con introduzione di G. Furguele), ESI, Napoli 2015; E. Roppo, *Apparenza di procura e imputazione al 'dominus' degli effetti del contratto stipulato dal 'mandataire apparent' (nota a Cass. Francia, sez. I, 29 aprile 1969)*, in *Foro it.*, 4 (1971), pp. 375-388; N. Sapone, *Il falso rappresentante. Principi acquisiti e questioni aperte*, Giuffrè, Milano 2011; M. Tammaro, *Apparenza del diritto e contratto concluso dal falsus procurator*, in *Obbl. e contr.*, 8/3 (2012), pp. 191-207; C. Tomasetti, *Rappresentanza senza potere*, in P. Cendon, *La responsabilità civile*, vol. 1, *La colpa nella responsabilità civile*, Utet, Torino 2006; A. Torrente, *In tema di procura apparente (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 dicembre 1957, n. 4703)*, in *Foro it.*, 1 (1958), pp. 391-392; S. Traniello, *Preposizione institoria ed apparenza: brevi note su orientamenti giurisprudenziali vecchi e nuovi (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 febbraio 1993, n. 2020)*, in *Giur. it.*, 1/1 (1993), pp. 2087-2092; H. L. E. Verhagen, *The liability of the falsus procurator*, in *ERPL*, 17/6 (2009), pp. 1003-1010; nonché, sempre in tema di *falsus procurator*, la recente nota a sentenza di V. Zirafa, *L'apparenza del diritto*, cit., che commenta Cass. Civ., sez. III, 27 gennaio 2015, n. 1451.

potere sarà del tutto inefficace²: non potrà infatti produrre effetti né nella sfera giuridica del rappresentato, essendo il rappresentante privo del necessario potere rappresentativo; né tantomeno potrà produrli in capo a quest'ultimo, che ha agito spendendo il nome altrui. Il negozio posto in essere dunque, secondo l'opinione prevalente, si trova in uno stato di quiescenza: una sorta di 'limbo' dantesco, nel quale rimarrà confinato fintantoché non intervenga un'eventuale ratifica da parte del *dominus*. L'atto di ratifica costituisce infatti una sorta di sanatoria del difetto di legittimazione del rappresentante, con cui il *dominus* sceglie di autorizzare *ex post* l'affare concluso dal *falsus procurator*, assumendone in proprio gli effetti.

Laddove, invece, il *dominus* non intenda ratificare l'operato del rappresentante apparente, in capo a quest'ultimo sorgerà una responsabilità nei confronti dei terzi. In particolare, il *falsus procurator* sarà chiamato a rispondere del danno che la controparte abbia eventualmente sofferto per aver confidato nella validità del contratto.

Il risarcimento, in base al modello indicato all'articolo 1398 c.c.³, è limitato al cosiddetto 'interesse negativo', cioè all'interesse del soggetto a non essere coinvolto in stipulazioni invalide o inefficaci. L'affidamento del terzo, però, per legittimare la richiesta di risarcimento dovrà essere incolpevole e, dunque, scusabile. Al contrario, il risarcimento sarà escluso in caso di errore inescusabile, cioè evitabile mediante l'ordinaria diligenza o, addirittura, frutto del concorso colposo del danneggiato⁴.

Quanto alla natura della responsabilità del *falsus procurator* nei confronti del terzo contraente, questa – per come è configurata dall'articolo 1398 c.c. – pare inquadrabile nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Essa non deriva infatti da un inadempimento contrattuale del falso rappresentante, che non avendo agito in nome proprio non ha assunto alcuna obbligazione; piuttosto, è conseguenza della lesione della libertà negoziale del terzo, che è stato indotto (dolosamente o quantomeno colposamente) a stipulare un contratto invalido. Per questo motivo la giurisprudenza maggioritaria è propensa ad includere la responsabilità del *falsus procurator* nell'ambito della responsabilità aquiliana⁵ e, nello specifico, della responsabi-

² Per la verità, in dottrina (come rilevato da A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., pp. 10 ss.) si discute in ordine alla sorte del contratto concluso dal *falsus procurator*, essendosi sostenute la tesi della nullità, del negozio a formazione progressiva e dell'inefficacia. Nettamente prevalente è quest'ultima teoria: il negozio posto in essere dal falso rappresentante in realtà è già completo e come tale vincola le parti.

³ Art. 1398 c.c.: «Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto».

⁴ Sussiste 'colpa inescusabile' laddove il terzo avrebbe potuto evitare di incorrere in errore mediante l'impiego della normale prudenza nella conduzione degli affari, ossia attraverso un'adeguata utilizzazione degli strumenti legali di pubblicità. Si ritiene, inoltre, che l'errore non sia scusabile qualora il conferimento dei poteri rappresentativi debba avvenire mediante l'impiego della forma scritta *ad substantiam*.

⁵ La Cassazione ha affermato che, nell'ipotesi in cui non sia intervenuta la ratifica del falso rappresentante, la responsabilità del *falsus procurator* è «di natura aquiliana e non già [...] contrattuale», dal momento che «in difetto di ratifica, nessun rapporto si instaura infatti tra il *dominus* e il terzo, così come nessun rapporto si instaura tra il terzo e il *falsus procurator*, avendo quest'ultimo agito a nome non proprio ma, pur in mancanza del relativo potere rappresentativo, altrui». La Corte ha inoltre aggiunto che «trattandosi di responsabilità aquiliana, è pertanto vano distinguere [...] tra i vari possibili tipi di contratto stipulati dal *falsus procurator*, giacché la responsabilità di costui [...] in nessun caso può comprendere il danno da inadempimento del contratto stipulato ma, in difetto di ratifica, inefficace» (cfr. Cass. Civ., sez. III,

lità precontrattuale come *culpa in contrahendo*⁶. Il danno risarcibile è quindi circoscritto al solo interesse 'negativo'⁷, declinato nella duplice componente del danno

29 settembre 2000, n. 12969, che richiama la precedente Cass. Civ., sez. II, 16 luglio 1997, n. 6488). Sull'inquadramento della responsabilità precontrattuale all'interno di quella aquiliana, in verità, non tutti concordano. Pur essendo la tesi della natura extracontrattuale maggioritaria sia in dottrina sia in giurisprudenza, taluno sostiene che sia preferibile qualificare il fenomeno come 'contrattuale', nella peculiare accezione di responsabilità da 'contatto sociale'. Cfr. A. Zaccaria, *Rappresentanza apparente e 'contatto sociale': considerazioni circa il ruolo dell'affidamento nel diritto civile italiano*, in *Studium Iuris*, 10 (2016), pp. 1161-1166; Id., 'Contatto sociale' e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, in *Jus civile*, 3 (2017), pp. 185-193 (= *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguielo*, vol. 3, Universitas Studiorum, Mantova 2017, pp. 611-620). Sul cosiddetto 'contatto sociale' cfr. anche F. Procchi, 'Contatto sociale qualificato', *diritto romano e tradizione romanistica. Brevi considerazioni a margine di Cass. Civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188*, in E. Cristiani, A. Di Lauro e E. Sirsi (a cura di), *Agricoltura e costituzione: una costituzione per l'agricoltura. In onore di Marco Goldoni*, Pisa University Press, Pisa 2019, pp. 355-362; A. M. Garofalo, *Il problema del contatto sociale*, in *TSDP*, 11 (2018).

⁶ L'espressione '*culpa in contrahendo*' viene utilizzata nel moderno linguaggio giuridico come sinonimo della cosiddetta responsabilità precontrattuale (disciplinata dagli artt. 1337-1338 c.c.). Essa identifica la responsabilità che sorge a causa di tutti quei comportamenti scorretti, lesivi dell'obbligo di buona fede, che siano stati posti in essere da una delle parti (o eventualmente anche da entrambe) durante la fase delle trattative che precedono la conclusione del contratto. Sulla responsabilità precontrattuale e *culpa in contrahendo*, imprescindibile è il riferimento a R. von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 4 (1861); si veda inoltre la relativa traduzione di Federico Procchi: *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, (traduzione dal tedesco e nota di lettura di F. Procchi), Jovene, Napoli 2005. Fra i molti contributi sul tema, ci limitiamo a segnalare: F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 1961; G. Bevivino, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, ESI, Napoli 2016; C. Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e Diritto Privato*, 1 (2010), pp. 1-48; P. Cirillo, *Responsabilità precontrattuale*, Pontificia Università Lateranense, Roma 2010; I. Fagnoli, *Culpa in contrahendo e azioni contrattuali*, in L. Garofalo (a cura di), *Actio in rem e actio in personam: in ricordo di Mario Talamanca*, Cedam, Padova 2011, pp. 439-480; Id., *Culpa in contrahendo tra matrice romanistica e modelli normativi latinoamericani*, in A. Saccoccio e S. Cacace (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano. Summer school (Brescia, 9-13 luglio 2018)*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 217-234; A. M. Garofalo, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *TSDP*, 11 (2018); V. Ianni, *La responsabilità precontrattuale*, Key, Vicalvi 2015; V. Montaruli, *La responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, Torino 2005; D. Palmieri, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano 1999; F. Procchi, 'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. *Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in L. Garofalo (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Cedam, Padova 2007, pp. 181-246; Id., *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di 'culpa' in capo al 'venditor'*, in *TSDP*, 3 (2010); Id., 'Licet emptio non teneat'. *Alle origini delle moderne teorie sulla cd. 'culpa in contrahendo'*, Cedam, Padova 2012; N. Sapone, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 2008; L. Solidoro, *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale*, in *TSDP*, 1 (2008); C. Tenella Sillani, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e 'incoerenza' della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 4 (2015), pp. 1247-1278; L. Viola (a cura di), *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Halley, Matelica 2007; A. Zaccaria, *La natura della responsabilità per colpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.* 61/2 (2015), pp. 344-358.

⁷ In merito alla qualificazione della responsabilità del *falsus procurator* come *culpa in contrahendo* e circa la risarcibilità del solo interesse negativo si veda quanto affermato dalla Cassazione, secondo cui il negozio concluso dal *falsus procurator* configura una «fattispecie soggettivamente complessa a formazione progressiva» che «si perfeziona con la ratifica, senza la quale il negozio non è idoneo a produrre effetti nella sfera dello pseudo rappresentato ed il terzo contraente non ha titolo per esercitare nei con-

emergente (ossia le spese vive sostenute dal danneggiato e le perdite strettamente dipendenti dalle trattative) e del lucro cessante (cioè il mancato vantaggio che sarebbe potuto derivare da ulteriori trattative, non intrattenute a causa dell'affare in corso); il risarcimento non si estende, invece, all'interesse 'positivo' all'adempimento del contratto non concluso.

Posta, dunque, la responsabilità del *falsus procurator* per i danni eventualmente arrecati ai terzi attraverso la propria attività negoziale non autorizzata, nessuna conseguenza dovrebbe invece prodursi nella sfera giuridica del falso rappresentato che non proceda alla ratifica. La soluzione però potrebbe essere diversa, laddove si configuri la fattispecie che la giurisprudenza definisce come 'rappresentanza apparente', in presenza della quale il contratto concluso dal *falsus procurator* sarà – in deroga alla regola generale – produttivo di effetti nei confronti del rappresentato apparente. Si tratta di un risultato evidentemente dirompente, che ribalta l'ordinario regime, comportando «una traslazione del rischio del vincolo contrattuale dal terzo contraente al falso rappresentato»⁸.

Proprio in ragione della rilevanza di tali effetti, l'operatività della rappresentanza apparente esige dei requisiti stringenti, che la giurisprudenza ha individuato sia sul piano oggettivo che soggettivo. In particolare, sotto il primo profilo è necessaria, come di consueto, una situazione di oggettiva apparenza tale da indurre in errore il terzo; ciò tuttavia non è sufficiente per l'integrazione della fattispecie, che richiede altresì uno stato quantomeno colposo del 'falso rappresentato'⁹ che deve aver con-

fronti di quest'ultimo l'azione di inadempimento, che presuppone l'esistenza di un contratto valido ed efficace tra le parti [...] ma può solo invocare la responsabilità del *falsus procurator* per *culpa in contrahendo* ex art. 1398 c.c., assimilabile a quella precontrattuale (e limitata al c.d. interesse negativo)» (Cass. Civ., sez. I, 29 agosto 1995, n. 9061; cfr. anche Cass. Civ., sez. III, 29 settembre 2000, n. 12969; Cass. Civ., sez. II, 17 giugno 2010, n. 14618). La stessa Corte già diversi anni prima si era così espressa: «La responsabilità di chi abbia contratto come rappresentante senza poteri, prevista dall'art. 1398 c.c., configura un'ipotesi di *culpa in contrahendo* ed ha natura extracontrattuale, essendo fondata su di un comportamento contrario ai doveri di correttezza e buona fede, che si traduce in fatto illecito, produttivo di danno, nel momento della stipulazione del negozio inefficace» (Cass. Civ., sez. I, 9 dicembre 1976, n. 4581).

⁸ A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 19.

⁹ La giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare che «il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile a quello più generale della tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato con riguardo alla rappresentanza, allorché [...] non solo vi sia la buona fede del terzo che abbia concluso atti con il falso rappresentante, ma vi sia anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante» (Cass. Civ., sez. III, 23 giugno 2017, n. 15645; conformi anche: Cass. Civ., sez. III, 8 maggio 2015, n. 9328; Cass. Civ., sez. III, 27 gennaio 2015, n. 1451; Cass. Civ., sez. II, 6 dicembre 2013, n. 27409; Cass. Civ., sez. II, 9 marzo 2012, n. 3787; Cass. Civ., sez. III, 22 luglio 2010, n. 17243; Cass. Civ., sez. III, 24 novembre 2003, n. 17835; Cass. Civ., sez. III, 18 febbraio 1998, n. 1720). La necessità del concorso di un comportamento colposo dello 'pseudo rappresentato' è stata peraltro ribadita con riferimento all'ipotesi del pagamento al rappresentante apparente da una recente ordinanza della Cassazione: «il pagamento fatto al rappresentante apparente, al pari di quello fatto al creditore apparente, libera [...] il debitore di buona fede, ai sensi dell'articolo 1189 cod. civ., ma a condizione che il debitore, che invoca il principio dell'apparenza giuridica, fornisca la prova non solo di avere confidato senza sua colpa nella situazione apparente, ma anche che il suo erroneo convincimento è stato determinato da un comportamento colposo del creditore, che abbia fatto sorgere nel *solvens* in buona fede una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'*accipiens*» (Cass. Civ., sez. I, 19 aprile 2018, n. 9758).

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica
tribuito a determinare nel terzo il legittimo affidamento di negoziare con un soggetto a ciò titolato¹⁰.

Da quanto rilevato risulta quindi confermato quanto già accennato, ossia che la rappresentanza apparente configura un'ipotesi di apparenza non 'pura', bensì 'colposa'¹¹. Rispetto alla rappresentanza negoziale, infatti, l'apparenza 'pura' (fondata unicamente su circostanze obiettive) non assume rilievo e, pertanto, non può prevalere sull'assenza del potere rappresentativo. In questo caso, dunque, opererà l'ordinario regime descritto agli articoli 1398 e 1399 c.c. per le ipotesi di rappresentanza senza potere. Al contrario, le conseguenze potranno essere diverse nel caso in cui l'apparenza sia 'colposa', ossia qualora alla determinazione della stessa abbia contribuito anche il comportamento del 'rappresentato apparente', che abbia per negligenza o addirittura in via preordinata determinato l'altrui convinzione – purché naturalmente frutto di errore scusabile – di avere a che fare col vero rappresentante. Ciò è quanto avviene nell'ipotesi di cosiddetta 'apparenza tollerata', che si verifica quando il rappresentato, pur sapendo che il falso rappresentante agisce in suo nome, non interviene per far cessare detta ingerenza¹².

¹⁰ A riguardo è stato sottolineato come la *ratio* dell'estensione della responsabilità in capo al rappresentante apparente non risieda nel conferimento di una sorta di procura tacita, ma piuttosto nel principio di affidamento e di quello, spesso invocato quale suo fondamento, di autoreponsabilità. In tal senso si è espressa la Cassazione, secondo cui «il principio dell'apparenza del diritto, che poggia su quello più generale della tutela dell'affidamento incolpevole» può essere «dal terzo invocato in tema di rappresentanza negoziale nei confronti dell'apparente rappresentato [...] a determinate condizioni, le quali, nel loro concorso, vengono a configurare il fenomeno della c.d. "apparenza colpevole", espressione del principio di autoreponsabilità, che si coniuga ad esigenze di certezza dei traffici commerciali ed impone una verifica sotto la lente dei principi di buona fede e correttezza, nonché [...] dell'affidamento» (Cass. Civ., sez. III, 27 gennaio 2015, n. 1451). Alla base dell'elaborazione giurisprudenziale della figura della rappresentanza apparente vi è l'esigenza di individuare una forma di tutela integrativa o alternativa rispetto a quella prevista dall'art. 1398 c.c. nei confronti del terzo che abbia incolpevolmente confidato nell'efficacia del negozio concluso con chi credeva essere l'effettivo rappresentante. Ciò purché, come già rilevato, questi abbia col proprio comportamento, doloso o colposo, contribuito ad ingenerare o alimentare lo stato di apparenza, determinando l'errore altrui (cfr. nota precedente).

¹¹ Sulla distinzione tra apparenza 'pura' e apparenza 'colposa' si rinvia alla spiegazione contenuta nel primo capitolo del presente lavoro: cfr. cap. 1, par. 2.1.

¹² Sulla cosiddetta 'rappresentanza tollerata' come forma di rappresentanza apparente imputabile allo 'pseudo-rappresentato' si veda la sentenza Cass. Civ., sez. I, 2 marzo 2016, n. 4113, di cui si riporta la massima: «La rappresentanza tollerata, riscontrabile ove il rappresentato, pur consapevole dell'attività del falso rappresentante, non intervenga per farne cessare l'ingerenza, è un'ipotesi di rappresentanza apparente, sicché l'operazione del *falsus procurator* è efficace nei confronti del rappresentato, avendo costui dato causa alla situazione di apparente legittimazione in cui il terzo ha, senza colpa, confidato» (cfr. anche Cass. Civ., sez. III, 15 febbraio 2018, n. 3703; Cass. Civ., sez. III, 11 aprile 2016, n. 6974). In merito all'ammissibilità di una forma 'tollerata' di rappresentanza la giurisprudenza di legittimità non sempre è stata concorde: «non risulta nel nostro ordinamento l'istituto della "rappresentanza tollerata", ma la rappresentanza postula un atto di volontà esplicito del rappresentato» (Cass. Civ., sez. II, 4 marzo 2003, n. 3192). Sul tema si vedano: P. M. Vecchi, *Apparenza e rappresentanza 'tollerata' (nota a Cass. Civ., sez. I, 18 dicembre 1984, n. 6625)*, in *Riv. dir. comm.*, 83/2 (1985), pp. 395-404; G. Curti, *Obbligazioni contratte da un solo coniuge e rappresentanza tollerata: un caso di procura apparente (nota a Cass. Civ., sez. II, 7 luglio 1995, n. 7501)*, in *Dir. fam.*, 26/4 (1997), pp. 1290-1299; Id., *Brevi considerazioni in tema di apparenza semplice, rappresentanza tollerata ed apparente conferimento di poteri rappresentativi (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 settembre 1995, n. 9902)*, in *Dir. fam.*, 26/4 (1997), pp. 1299-1313; A. Zaccaria, *Due profili particolari: rappresentanza 'tollerata' nella dottrina germanica e*

2. La ricerca di un antecedente storico: il *falsus procurator* nel diritto romano

Una volta inquadrato l'istituto della rappresentanza apparente sia dal punto di vista oggettivo (come fenomeno), sia dal punto di vista soggettivo (mediante la figura del *falsus procurator*, che ne è il protagonista), possiamo adesso – seguendo l'impostazione accolta nei capitoli precedenti – cercare di calare il fenomeno nel passato, per valutare se lo stesso fosse conosciuto anche dal diritto romano e contemplato dagli antichi giuristi.

In questo caso, rispetto alle altre manifestazioni del principio dell'*apparentia iuris* già analizzate, il nostro discorso risulta senza dubbio agevolato dalla presenza di un recente studio relativo all'argomento. Ci riferiamo al volume di Antonino Milazzo, il quale per primo ha dedicato una monografia all'evoluzione storica del falso rappresentante¹³, indagando in maniera capillare il tema del *falsus procurator* attraverso le testimonianze a noi giunte. È dunque forse superfluo – ma intellettualmente doveroso – dichiarare che il presente capitolo ha ampiamente attinto dalla sua ricerca, che ha rappresentato l'imprescindibile punto di partenza di questa analisi, suggerendo importanti spunti sia quanto alle principali problematiche, sia per quanto concerne i più importanti riferimenti bibliografici. Il recente studio di Milazzo ha, perciò, rappresentato la 'stella polare' di questo capitolo, offrendoci un chiaro quadro di insieme sulla figura del *falsus procurator* e consentendoci di individuare le criticità da esso discendenti. Da questo abbiamo preso le mosse per selezionare gli aspetti che più ci sono parsi interessanti ai fini della nostra ricerca: aspetti che abbiamo deciso di riprendere e di riproporre nel presente lavoro, pur attraverso una diversa chiave di lettura.

Anche in questo caso, infatti, l'argomento – come effettuato per l'erede e per il creditore apparente, e come avverrà per i rapporti coniugali di fatto – non sarà af-

un possibile limite alla retroattività della ratifica, in G. Visintini (a cura di), *Rappresentanza e gestione*, cit., pp. 125-128. Un cenno alla rappresentanza 'tollerata' è presente anche in A. Petrucci, *Paul. 1 decret. D. 14.5.8. Il caso di Tiziano Primo e gli effetti delle attività svolte dal rappresentante al di fuori della preposizione institutoria*, in L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino (a cura di), *Il diritto romano caso per caso*, cit., pp. 101-111, in particolare p. 110.

¹³ È ancora A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 28 a constatare che la trattazione del *falsus procurator* nell'ambito del diritto romano non aveva fino ad allora «formato oggetto di studi monografici», essendosi la dottrina concentrata su singoli aspetti ad esso attinenti e collegati, quali la nozione di *procurator*, il mandato, la *negotiorum gestio*, ma senza affrontare direttamente il tema del falso rappresentante. Lo stesso Autore (Id., p. 30), tuttavia, segnala tra i «rari» contributi scientifici «vertenti specificamente sulla tematica del *falsus procurator*» il «risalente studio del Donatuti», il quale si occupò proprio della distinzione tra *verus* e *falsus procurator*. Cfr. G. Donatuti, *Studi sul procurator*, 2. *Verus et falsus procurator*, in *Ann. Perugia*, 33 (1921), pp. 671-701 (= *Studi di diritto romano*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1976, pp. 135-158, a cui, d'ora in avanti, le citazioni si riferiranno). Donatuti, a sua volta, partiva dall'analisi compiuta da Emilio Albertario intorno alla figura del *procurator unius rei*: cfr. E. Albertario, *Procurator unius rei*, in *SIGP*, 6 (1921), pp. 87-114 (= *Studi di diritto romano*, vol. 3, Giuffrè, Milano 1936, pp. 495-521). Di Donatuti è opportuno menzionare anche l'ulteriore contributo, sempre in tema di *procurator*: G. Donatuti, *Studi sul procurator*, 1. *Dell'obbligo a dare la cautio ratam rem dominum habiturum*, in *AG*, 89 (1923), pp. 190-222 (= *Studi di diritto romano*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1976, pp. 103-133). Fra i successivi contributi di Emilio Albertario preme ricordare, per la stretta attinenza al tema oggetto di questo capitolo: E. Albertario, *Ancora verus e falsus procurator*, in *SDHI*, 2/1 (1936), pp. 167-170.

frontato in maniera generale e omnicomprensiva. Ciò d'altra parte significherebbe – stante la segnalata presenza del recente studio monografico in tema di *falsus procurator* – violare platealmente il principio del *ne bis in idem*, rischiando oltretutto di tradurre questa parte del lavoro in un sostanziale duplicato, privo di un valore aggiunto rispetto alle ricerche da altri già compiute. Al contrario, l'idea è stata quella di isolare – qui certamente traendo spunto anche e soprattutto dallo studio di Milazzo – singoli aspetti della falsa rappresentanza, che ci sono parsi esemplificativi del fenomeno che abbiamo cercato di mettere in luce con la nostra ricerca. Si tratta dunque di aspetti funzionali al sostegno della tesi proposta, secondo cui, pur nelle loro diversità e specificità, tutte le fattispecie analizzate in questo lavoro risultano in ultima analisi espressive di un fenomeno di 'apparenza'; un fenomeno che, se certamente non fu mai enucleato in veste di principio, non fu però neppure totalmente estraneo all'ordinamento antico, il quale – come le voci dei giuristi dimostrano – ha cercato nei diversi ambiti di predisporre per ogni fattispecie la risposta giuridicamente più appropriata, o meglio '*aequa*'.

In quest'ottica di selezione, ci pare anzitutto doveroso inquadrare il regime della rappresentanza nel diritto romano, tenuto conto delle importanti differenze rispetto allo stesso istituto come da noi concepito e conosciuto. Una volta conclusa tale sostanziale premessa, ad essa seguirà, in maniera fisiologicamente consequenziale, una breve trattazione in ordine alla figura del *procurator* nelle fonti romane, su cui larga parte della dottrina ha concentrato i propri studi¹⁴, sostenendo tesi e giungendo ad esiti – come vedremo – tra loro anche fortemente discordi. Il discorso in ordine al *procurator* (per così dire) 'generico', fungerà da preludio rispetto ai successivi paragrafi, in cui finalmente lo stesso sarà visto nella sua veste 'apparente' (di *falsus procurator*), così come interpretata dalle diverse teorie dottrinali. All'inquadramento dogmatico e teorico del problema sarà poi aggiunta qualche esemplificazione pratica, come sempre tratta dalla casistica restituitaci dalle fonti dei giuristi romani.

3. Il fenomeno della rappresentanza nel diritto romano

Per affrontare il tema del *falsus procurator* nell'esperienza giuridica di Roma antica, risulta imprescindibile premettere qualche fondamentale nozione in ordine alla rappresentanza così com'era allora configurata, tenuto conto delle significative differenze intercorrenti rispetto all'istituto come a noi noto.

¹⁴ Per l'analisi manualistica dei concetti di *procurator* e di *falsus procurator* nel diritto romano, si vedano: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 351 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 400 ss.; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 209 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 213 ss. e 413 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 185 ss., 501; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, cit., pp. 268, 393 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 272, 640; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 162, 342; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., p. 326 e 431; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 268 ss., 343, 604; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 149 ss., 529 ss.

Volendo brevemente inquadrare la rappresentanza nell'ambito del diritto romano¹⁵, occorre anzitutto ricordare che quest'ultimo non concepiva il fenomeno rappresentativo come siamo abituati a pensarlo oggi. Com'è noto, il nostro ordinamento distingue all'interno della rappresentanza complessivamente intesa due principali forme, tradizionalmente qualificate come 'diretta' e 'indiretta', che differiscono in virtù della diversa posizione assunta dal rappresentante rispetto al rappresentato e, conseguentemente degli effetti giuridici discendenti dai negozi da questo conclusi. In particolare, si ha rappresentanza 'diretta' allorché il rappresentante agisca in nome e per conto del rappresentato, spendendo il nome di quest'ultimo (cosiddetta '*contemplatio domini*') nel compimento dei diversi atti giuridici, che dunque produrranno effetti direttamente in capo al rappresentante. Nel caso in cui la rappresentanza sia invece 'indiretta', il rappresentato agirà per conto altrui ma in nome proprio: non si avrà in questo caso alcuna spendita del nome del rappresentato, la cui presenza non figurerà nei rapporti con i terzi instaurati dal rappresentante. Di conseguenza gli effetti si produrranno nella sfera giuridica di quest'ultimo, che sarà poi tenuto a ritrasferirli al rappresentato, nell'interesse del quale ha agito. Sarà dunque in questo caso necessario un ulteriore negozio – o più negozi – affinché gli effetti giuridici sorti in capo al rappresentante possano ricadere sul rappresentato titolare dell'interesse.

In ogni caso la rappresentanza, a prescindere dalla tipologia, risulta fondata su un medesimo elemento, consistente nello sdoppiamento di una delle parti del negozio giuridico: tale negozio infatti, anziché essere posto in essere dal reale titolare dell'interesse, viene concluso da un soggetto diverso, che però proprio in virtù del potere ricevuto (in via unilaterale mediante procura, o bilaterale in esecuzione di un contratto di mandato) è legittimato a sostituirsi a lui.

Da quanto detto è possibile allora ricavare quale sia l'essenza della rappresentanza, la sua ragion d'essere e la sua finalità: la sostituzione della volontà del titolare del diritto (rappresentato) con la volontà di un altro soggetto (rappresentante). Infatti, solamente laddove questa seconda persona intervenga nel negozio giuridico con la propria volontà si configura un fenomeno di tipo rappresentativo. Al contrario, qualora il rappresentante nel corso dell'attività negoziale a lui affidata si limiti a seguire, potremmo dire, le 'istruzioni' del rappresentato, semplicemente conformandosi alle sue direttive e senza intervenire neppure in minima parte con la propria volontà, non agisce in veste di rappresentante, ma piuttosto di messaggero, mero portavo-

¹⁵ Per un inquadramento generale della rappresentanza nell'ambito del diritto romano si vedano, ancora una volta, i principali manuali istituzionali: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 93 ss.; E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, vol. 1, Cedam, Padova 1942, pp. 222 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 331 ss.; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 208 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 60 ss. e 403 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 182 ss.; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, cit., pp. 267 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 271 ss.; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 162 ss.; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., pp. 210 ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 264 ss.; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 146 ss.

ce o, volendo usare il nome latino, 'nuncius'¹⁶. In questo caso, infatti, il soggetto non rilascia una propria dichiarazione di volontà, ma funge da semplice mezzo di comunicazione di quella altrui, essendo in questo senso equiparabile ad altri strumenti, quali una lettera o in generale un testo scritto: non a caso le fonti citano, con formule pressoché identiche, il *nuncius* (o *nuntius*) come mezzo alternativo alla scrittura per la conclusione dei negozi tra assenti (*vel per epistulam vel per nuntium ... et per nuntium et per litteras ... per litteras eius vel per nuntium*). Pertanto, con riferimento ad esso non potrà applicarsi la disciplina relativa alla rappresentanza, trattandosi di due fenomeni ontologicamente tra loro diversificati.

Naturalmente la scissione sopra prospettata tra rappresentanza diretta e indiretta è interna al fenomeno della rappresentanza cosiddetta 'volontaria' e non attiene alla diversa tipologia di rappresentanza 'legale'. L'elemento distintivo fra le due forme di rappresentanza risiede nella fonte del potere rappresentativo, discendente, com'è intuibile, nel primo caso dalla volontà delle parti e nel secondo dalla legge. Questa diversa tipologia di rappresentanza ricorre normalmente quando vi sia la necessità di tutelare un soggetto incapace: non a caso, esempi tipici di rappresentanti legali si rinvencono nei confronti di minori o di individui altrimenti incapaci, ad esempio in virtù di un'infermità psichica o fisica più o meno grave (come avviene negli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, nonché nelle ipotesi, residuali, in cui si rende necessario ricorrere all'amministrazione di sostegno). In questi casi la legge attribuisce la rappresentanza rispettivamente ai loro genitori, per quanto riguarda i minori, e ai tutori o curatori, per quanto riguarda i soggetti interdetti o inabilitati, dove i primi assumono nei confronti dei secondi la veste di rappresentanti legali.

Il fenomeno della rappresentanza legale, peraltro, non era ignoto neppure al diritto romano, che conosceva sia la figura della tutela che quella della curatela. La prima, in particolare, si rendeva sempre necessaria nei confronti degli impuberi, ossia tutti quei soggetti, di sesso maschile o femminile, che non avessero ancora raggiunto l'età pubere¹⁷, alla quale si presumeva conseguito quel livello minimo di maturità psicofisica necessaria per l'attribuzione della capacità di agire, quale facoltà di rendersi parte attiva nelle relazioni negoziali attraverso la conclusione di atti giuridicamente rilevanti. In questo caso, al minore (*pupillus*) era assegnato un tutore (*tutor impuberis*)¹⁸, che lo assisteva nello svolgimento degli atti che altrimenti questi non

¹⁶ D. 2.14.2 pr. (Paul. 3 ad ed.): «*Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur*»; D. 18.1.1.2 (Paul. 33 ad ed.): «*Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras*»; D. 23.2.5 (Pomp. 4 ad Sab.): «*Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii*».

¹⁷ Il conseguimento della pubertà seguiva un diverso regime in base al genere del soggetto coinvolto: tale soglia si presumeva raggiunta ad un'età diversa per i maschi e per le femmine, nello specifico quattordici anni per i primi e dodici per le seconde. La questione verrà meglio approfondita nel capitolo 5, par. 4.1.3, quando parleremo del requisito dell'età richiesta ai nubendi per la conclusione di un valido matrimonio (*matrimonium iustum*).

¹⁸ Sulla rappresentanza del tutore nei confronti del pupillo si vedano i fondamentali studi di Siro Solazzi, articolati su quattro contributi pubblicati in sequenza sul *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 'Vit-

avrebbe potuto porre in essere da solo. Tale assistenza risultava più o meno incisiva a seconda dell'età del pupillo, che fino al compimento dei sette anni (*infantia minor*) veniva sostituito dal tutore, mentre successivamente (*infantia maior*) soltanto affiancato. Una diversa forma di tutela era poi quella muliebre, prevista per le donne, quale che fosse la loro età: i soggetti di sesso femminile nella società di Roma antica necessitavano infatti sempre dell'assistenza di un tutore – tanto che si è parlato in dottrina di «tutela a vita»¹⁹ – nella veste di *tutor impuberis* fino all'età di dodici anni, e di *tutor mulieris* per il tempo successivo.

Una diversa figura di rappresentante legale era invece quella del curatore, che già anticamente era prevista per affiancare il *prodigus* (*cura prodigi*), ossia lo 'sperperatore', cioè quel soggetto che manifestava una incontrollabile e patologica tendenza a dissipare il patrimonio, o il *furiosus* (*cura furiosi*), ossia l'individuo affetto da pazzia o infermità mentale. A tali diverse ipotesi di curatori si aggiunse in proseguo di tempo un'ulteriore figura, quella del *curator minorum XXV annorum* – introdotto dalla *lex Laetoria* (o *Plaetoria*) *de circumscriptione adulescentium*, probabilmente del 191 a.C. – prevista a tutela dei soggetti minori di venticinque anni, i quali proprio a causa della loro giovane età avrebbero facilmente rischiato di subire raggiuri nel corso dell'attività negoziale.

Occorre notare che tutti questi casi di rappresentanza legale, pur nelle loro differenti strutture e funzioni, risultano accomunati dal fatto che, quantomeno nella configurazione iniziale, rispetto alla finalità protettiva del soggetto debole (che è alla base delle moderne ipotesi di rappresentanza legale) prevale quella potestativa²⁰,

torio Scialoja tra il 1910 e il 1912: S. Solazzi, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano), in *BIDR*, 22 (1910), pp. 5-108; Id., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano) (Continuazione), in *BIDR*, 23 (1911), pp. 119-185; Id., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano) (Continuazione), in *BIDR*, 24 (1911), pp. 116-169; Id., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano) (Continuazione e fine), in *BIDR*, 25 (1912), pp. 89-129.

¹⁹ La celebre espressione «sotto tutela a vita» è di Eva Cantarella: cfr. E. Cantarella, *Passato prossimo: donne romane da Tacita a Sulpicia*, Feltrinelli, Milano 2012⁸, pp. 66 ss.; Id., *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Feltrinelli, Milano 2011³, pp. 182 ss.; e già prima: Id., *Tacita Muta. La donna nella città antica*, Editori Riuniti, Roma 1985. La ragione della necessità di tale tutela perpetua per le donne veniva tradizionalmente attribuita all'asserita inferiorità fisica e psichica del sesso femminile: Gai 1.144: «*Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: masculini quidem sexus inpuberibus, feminini vero inpuberibus puberibusque, vel cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*». Anche se lo stesso Gaio dimostra in un successivo passo delle *Institutiones* (già citato, sebbene ad altri fini: cfr. cap. 3, par. 5; si veda, inoltre: cap. 5, par. 8) di non condividere tale prospettiva, ritenendo che la motivazione addotta dai veteres sia in verità più apparente che reale («*magis speciosa quam vera*»): Gai 1.190: «*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: nam quae vulgo creditur, quin levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur*».

²⁰ S. Solazzi, s.v. *Tutela e curatela* (diritto romano), 1. *Tutela*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 19, Utet, Torino 1973, pp. 915-918 [seguito da: F. Sitzia, s.v. *Tutela e curatela* (diritto romano), 2. *Curatela*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 19, Utet, Torino 1973, pp. 918-919]: «La tutela è stata prima un diritto ed un potere del tutore, una privata funzione in rapporto con la famiglia romana». Sulla definizione di tutela come 'vis ac

come dimostra la celebre endiadi serviana con cui il giurista – stando a quanto ci riporta Paolo – la definisce come «*vis ac potestas*»²¹.

Al di là di tali figure di rappresentanza legale, quella che qui interessa è l'altra ipotesi di rappresentanza, ossia quella che abbiamo già definito come 'volontaria'. Tuttavia, occorre avvisare che rispetto alla distinzione prospettata in apertura di questo paragrafo, il diritto romano conosce soltanto uno dei due tipi di rappresentanza e, in particolare, unicamente quella 'indiretta'. Il sistema di *ius civile* non giunse mai, invece, a riconoscere espressamente la forma 'diretta', essendo principio di *ius civile* – sancito sia con riferimento agli effetti reali («*per extraneam personam nobis adquiri non posse*») sia con riferimento a quelli obbligatori («*alteri stipulari nemo potest*») – quello che escludeva la possibilità di obbligarsi o acquistare tramite terzi²². Anche se, in concreto, risultati analoghi a quelli scaturenti dalla rappresentanza diretta furono in parte raggiunti grazie all'attività giurisdizionale-creativa del pretore, il quale attraverso una serie di deroghe e temperamenti consentì in certi casi al negozio di produrre effetti immediati nella sfera giuridica di un soggetto diverso da quello che lo aveva posto in essere. Fra gli strumenti all'uso utilizzati rientra la particolare categoria delle *actiones adiecticiae qualitatis* e le relative formule con trasposizione di soggetti²³, con cui fu di fatto resa possibile la produzione in capo al *paterfamilias* degli effetti giuridici scaturenti da negozi conclusi dai soggetti sottoposti alla sua *potestas*, figli o schiavi che fossero²⁴.

potestas' si vedano inoltre le recenti osservazioni di F. Briguglio, *Servio Sulpicio e la definizione di tutela: vis ac potestas o ius ac potestas?*, in C. Russo Ruggeri (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, vol. 1, Giuffrè, Milano 2009, pp. 163-179, a cui si rinvia per ulteriore bibliografia.

²¹ D. 26.1.1 pr. (Paul. 38 ad ed.): «*Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*».

²² L'assenza di rappresentanza diretta nel diritto romano viene normalmente argomentata in dottrina sulla base dei principi, desumibili rispettivamente dalle parole di Ulpiano e di Gaio, per cui «*alteri stipulari nemo potest*» e «*per extraneam personam nobis adquiri non posse*». Cfr. D. 45.1.38.17 (Ulp. 49 ad Sab.): «*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest; ceterum ut alii detur, nihil interest mea [...]*». Gai 2.95: «*Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est, quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse [...]*». Dell'acquisto *per extraneam personam*, nonché delle diverse categorie di soggetti attraverso cui è possibile acquistare, Gaio si occupa anche in altri brani (Gai 2.86-2.94), su cui cfr. F. Briguglio, *Studi sul procurator*, vol. 1, *L'acquisto del possesso e della proprietà*, Giuffrè, Milano 2007, in particolare cap. 2 ('*L'acquisto del possesso per mezzo del procurator*'), pp. 45 ss. Una ricognizione riassuntiva circa lo stato della dottrina romanistica sul tema della rappresentanza è stata, infine, recentemente offerta da P. P. Onida, *Agire per altri o agire per mezzo di altri: appunti romanistici sulla rappresentanza*, Jovene, Napoli 2018, alle cui osservazioni si rinvia.

²³ Sulle *actiones adiecticiae qualitatis* come ipotesi di *actiones ficticiae* cfr. cap. 1, par. 3.2 (in particolare nota 75). Per un approfondimento sulla figura del *procurator* nell'ambito dell'*actio institoria*, si veda M. Miceli, *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in *Iura*, 53 (2002), pp. 57-176. Sul tema della rappresentanza negoziale nell'esperienza di Roma antica si veda inoltre G. Hamza, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *Index*, 9 (1980), pp. 193-229.

²⁴ Da questo punto di vista schiavi e figli sono del tutto equiparati: entrambi, in quanto soggetti privi di capacità giuridica – i figli sono infatti *alieni iuris* fino alla morte del proprio *pater*, salva l'ipotesi dell'*emancipatio*, mentre gli schiavi sono giuridicamente considerati *res*, per quanto '*pretiosiores*' (Gai 1.192) – non possono essere destinatari degli effetti discendenti dai negozi da questi eventualmente conclusi. Il solo centro di interessi è rappresentato dal *paterfamilias*, unico soggetto *sui iuris* e dunque giu-

Chiarito che quando parliamo di rappresentanza nell'ambito del diritto romano facciamo riferimento alla sua forma 'indiretta', occorre vagliare quali fossero le figure di rappresentanti indiretti conosciuti dal diritto di Roma antica. È in questo contesto che incontriamo finalmente la figura del *procurator*, del quale occorrerà chiarire il significato, la portata e l'ampiezza, cercando di valutarne i rapporti rispetto alla figura del mandatario e, in generale, agli altri soggetti destinatari di un *iussum domini*, ossia che di un'apposita autorizzazione da parte di un altro soggetto (*dominus*) interessato all'affare nel quale desidera essere rappresentato.

4. La nozione di *procurator*: le principali questioni interpretative

4.1 La distinzione tra *procurator omnium bonorum* e *procurator unius rei* e il rapporto con il *procurator ad litem*

Con il termine *procurator* le fonti romane individuano due diverse tipologie di rappresentante: da un lato il *procurator omnium rerum* o *omnium bonorum*²⁵, dall'altro il *procurator unius rei*²⁶. Tali specificazioni aggiunte al termine *procurator* servono, com'è intuibile, ad individuare l'ampiezza del potere rappresentativo concesso al rappresentante: nel secondo caso, infatti, tale potere sarà limitato alla gestione di un singolo e specifico affare (*unius rei*), la conclusione del quale viene demandata dal rappresentato ad altro soggetto; nel primo caso, invece, il potere rappresentativo raggiungerà la sua massima ampiezza, essendo attribuito in via generale e, dunque, riferito alla totalità (*omnium rerum*) degli affari facenti capo al rappresentato. La presenza di queste due diverse tipologie di *procuratores* è attestata chiaramente dal seguente passo di Ulpiano, il quale le accomuna per quanto concerne la loro modalità di costituzione, realizzabile sia tra persone presenti (*coram*) che tra soggetti assenti e, in quest'ultimo caso, sia per il tramite di un terzo portavoce (*per nuntium*) sia attraverso una lettera (*per epistulam*).

ridicamente capace. Cfr. Gai 2.87: «*Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur sive quid stipulentur vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest [...]*». Nei confronti del *pater*, tuttavia, gli effetti dei negozi conclusi dai suoi sottoposti – che, pur incapaci giuridicamente, sono però dotati di capacità di agire – si produrranno soltanto nel caso in cui siano positivi. Ciò in virtù del principio vigente in diritto romano (e chiaramente attestato dalle parole di Gaio) per cui i sottoposti possono soltanto accrescere e mai diminuire il patrimonio dell'avente potestà. Cfr. D. 50.17.133 (Gai 8 *ad ed. prov.*): «*Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*». Sul punto cfr. F. Briguglio, *Studi sul procurator*, cit., p. 47, il quale a sua volta rinvia a M. Bretonne, *I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura*, Laterza, Roma-Bari 2001³, p. 156, nota 16 (cfr. anche la relativa recensione di P. Gröschler, *Rec. M. Bretonne, I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura*, in *ZRG*, 117 (2000), pp. 578-590).

²⁵ S. Solazzi, *C. 8, 15, 1 e le facoltà del 'procurator omnium bonorum'*, in *SDHI*, 23 (1957), pp. 297-299.

²⁶ Sul *procurator unius rei* si veda soprattutto lo studio, al tema specificamente dedicato, di Emilio Albertario: E. Albertario, *Procurator unius rei*, in *SIGP*, 6 (1921), pp. 87 ss. (= *Studi di diritto romano*, vol. 3, *Obbligazioni*, Giuffrè, Milano 1936, pp. 495 ss.).

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

D. 3.3.1.1 (Ulp. 9 *ad ed.*): *Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam [...]*

Tuttavia, nel medesimo brano Ulpiano attesta la presenza di un disallineamento all'interno degli stessi giuristi in ordine all'opportunità di considerare questa seconda categoria di rappresentante come un vero e proprio *procurator*. In particolare, pare che alcuni, tra cui Pomponio, escludessero che l'attribuzione dell'incarico di svolgere un singolo affare potesse considerarsi sufficiente per far sorgere in capo all'incaricato la qualifica di *procurator*. Anche se Ulpiano prende apertamente le distanze da tale teoria, mostrando di condividere piuttosto quella opposta – che egli reputa maggiormente corretta («*verius est*») – che riconosce la veste di *procurator* anche a chi sia stato preposto alla gestione di un singolo affare («*qui ad unam rem datus sit*»).

[...] *quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum susipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscipit, proprie procurator appellatur. Sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit.*

Occorre, peraltro, rilevare che in merito a quest'ultimo tipo di *procurator* e al fatto che esso compaia nel brano ulpiano si è concentrata l'attenzione della dottrina, la quale discute se la tale dizione debba identificarsi in via esclusiva con il *procurator ad litem*²⁷, ossia il soggetto che abbia ricevuto una specifica procura per agire in giudizio, o se possa riferirsi più genericamente anche ad altri affari determinati. In particolare, è stato sostenuto che in verità la categoria del *procurator unius rei* sarebbe sconosciuta al diritto classico e che sia stata congegnata soltanto in epoca successiva. Sulla base di ciò, è stato ipotizzato che il passo dovesse probabilmente in origine contenere la menzione del *procurator ad litem*²⁸, unica figura nota al diritto di epoca classica, e che soltanto a seguito di un intervento interpolatorio dei compilatori questo sarebbe stato sostituito con il *procurator unius rei*²⁹.

²⁷ Sul *procurator ad litem* si ricorda lo studio di O. Paperi, *Considerazioni sull'origine del procurator ad litem*, in *Labeo*, 48/1 (2002), pp. 37-71.

²⁸ La circostanza che la menzione del *procurator unius rei* debba essere in realtà intesa come riferita al *procurator ad litem* risulterebbe confermata dal contesto squisitamente processualistico in cui si colloca il brano ulpiano in questione, contenuto infatti nel titolo dedicato ai *procuratores et defensores*. A corroborare ulteriormente detto ragionamento, A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 102 invoca inoltre il termine '*coram*', che compare sia nel testo ulpiano sia nel seguente brano di Gaio, relativo proprio al *procurator ad litem*: «83. *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. [...] 84. Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur; quin etiam sunt, qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum; quamquam et ille, cui mandatum est, plerumque satisfacere debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur*» (Gai 4.83-84).

²⁹ Questa è l'opinione di P. Angelini, *Il procurator*, Giuffrè, Milano 1971, pp. 186 ss., dove l'Autore raccoglie e prosegue gli studi già avviati nella precedente opera: P. Angelini, *Studi sul procurator*, Giuffrè, Milano 1968. Per una compiuta esposizione delle diverse teorie sul punto e della relativa bibliografia si veda A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., pp. 101 ss.

4.2 Il significato del termine *procurator*: l'asserita 'non giuridicità' dell'originario procuratore

Al netto della distinzione descritta, la principale problematica che coinvolge la figura del *procurator* è quella relativa alle sue origini e alla sua primitiva funzione. A riguardo, ampiamente dibattuta in dottrina è stata la questione relativa alla giuridicità del *procurator*, il quale ad avviso di alcuni avrebbe avuto una rilevanza esclusivamente sul piano sociale ed economico, ma non su quello giuridico³⁰. Quest'ultima teoria è stata, tuttavia, rigettata dai più recenti studi in materia³¹, che hanno ritenuto di poterla confutare sulla base di una serie di testimonianze, sia giuridiche sia letterarie, che attesterebbero il riconoscimento nell'ambito dell'ordinamento romano di un ruolo giuridico al *procurator*³². Nell'impossibilità di ripercorrere nel dettaglio le fonti che legittimano tale conclusione – per l'analisi delle quali rinviamo agli studi a ciò dedicati³³ – ci limiteremo in questa sede a citarne due, che per motivi diversi ci appaiono particolarmente significative e pertanto degne di nota.

La prima ci proviene da Plauto ed è tratta dallo *Pseudolus*, una commedia composta e messa in scena per la prima volta probabilmente intorno al 191 a.C.: questa testimonianza, per la verità, non chiarisce il significato di procuratore, ma la dottrina ha comunque ritenuto di doverne tener conto, dal momento che la stessa attesta la presenza del termine. Il pregio del brano plautino risiederebbe dunque nel primato in ordine all'utilizzo del vocabolo '*procurator*', che confermerebbe l'importanza sociale del fenomeno, sebbene non ci offra elementi in ordine alla sua rilevanza giuridica³⁴. Ma anche se allo stesso potesse attribuirsi unicamente rilievo sociale, ciò non ne diminuirebbe tuttavia il valore, dal momento che – com'è stato correttamente rilevato – «proprio dal terreno della vita sociale ed economica si sono sviluppati e tuttora si sviluppano i problemi che il diritto è chiamato a risolvere»³⁵.

³⁰ A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 209: «Il *procurator* è in origine una persona libera, spesso un liberto, preposto dal *dominus* all'amministrazione del suo patrimonio». Sulla figura del *libertus procurator* si veda: O. Milella, *Il libertus procurator. Le origini della procura in diritto romano*, in *Ann. Bari*, 2 (1966-1967), pp. 377-398.

³¹ Sul punto si vedano: A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit.; M. Miceli, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 2008; A. Burdese, *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in *SDHI*, 37 (1971), pp. 307-328.

³² Per alcuni importanti riferimenti alle fonti che, in ambito giuridico e letterario, contengono menzione del *procurator*, si rinvia alla dettagliata analisi di A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., pp. 64 ss.

³³ Per una compiuta esposizione della questione relativa alle origini del *procurator* si veda A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., pp. 62 ss., il quale ripercorre le testimonianze letterarie e giuridiche in cui compare il termine *procurator*, dando al contempo conto delle diverse posizioni assunte a riguardo dalla dottrina. Fra queste egli attribuisce (p. 65) ad Angelini il merito di «avere sviluppato un'attenta esegesi delle fonti letterarie in cui trova menzione risalente la figura del procuratore romano, soprattutto all'interno del *corpus* degli *scriptores rei rusticae*», tra cui Varrone, Columella e Palladio.

³⁴ Sul punto si confrontino: A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 65; P. Angelini, *Il procurator*, cit., p. 55; M. Miceli, *Studi sulla 'rappresentanza'*, cit., p. 109 nota 10, p. 120 nota 35; A. Cenderelli, *La negotiorum gestio: corso esegetico di diritto romano*, vol. 1, *Struttura, origini, azioni*, Giappichelli, Torino 1997, p. 104.

³⁵ Così si esprime A. Cenderelli, *La negotiorum gestio*, cit., p. 105.

Plaut., *Pseud.* 607 ss.:

ARP. *Tunc es Ballio?*

PS. *Immo vero ego eius sum Subballio.*

HARP. *Quid istuc verbist?*

PS. *Conduis promus sum, procurator peni.*

La seconda testimonianza proviene, invece, da Cicerone ed è contenuta in una delle sue celebri orazioni, pronunciata in difesa di Aulo Cecina (*Pro Caecina*), alleato di Pompeo, che si era visto costretto ad adire le vie giudiziarie, probabilmente a causa di alcuni problemi di successione originati dall'intervento di una legge sillana, che aveva tolto agli abitanti di Volterra lo *ius civitatis*, privandoli così della cittadinanza romana. In tale contesto la menzione del *procurator* avviene già nel paragrafo 19.55 – che riportiamo – nel quale tale termine compare in relazione agli interdetti possessori³⁶.

Cic., *Pro. Caec.* 19.55: *Veniunt in mentem mihi permulta, vobis plura, certo scio. Verum ne nimium multa complectamur atque ab eo quod propositum est longius aberret oratio, hoc ipsum interdictum quo de agitur consideremus; intellegetis enim in eo ipso, si in verbis ius constituamus, omnem utilitatem nos huius interdicti, dum versuti et callidi velimus esse, amissuros. 'Unde tu aut familia aut procurator tuus'.*

Nel passo citato il riferimento al *procurator* si colloca dunque nel contesto dell'interdetto *de vi armata*, che il pretore accordava al possessore che fosse stato spogliato del bene attraverso un comportamento preordinato o comunque particolarmente violento, mediante l'uso delle armi o della banda armata: non a caso, proprio in ragione di tale particolare gravità, la concessione di questo interdetto riguardava ogni tipo di possessore, anche quello *iniustum*.

Con riferimento a tale ipotesi Cicerone prende in considerazione l'eventualità che nello spoglio siano coinvolti, dal punto di vista attivo o passivo (ossia come autori o come vittime dello stesso), soggetti diversi dal *dominus* ma comunque ad esso legati da un vincolo di *potestas* o, appunto, di rappresentanza. In particolare, dal lato attivo contempla l'ipotesi in cui la sottrazione (individuata dagli autori latini come '*deiectio*') fosse stata operata non dal *dominus* in persona, ma da un suo *servus* o da un suo *procurator*. Dal punto di vista passivo, invece, prefigura l'eventualità che questi stessi soggetti avessero non posto in essere, bensì subito lo spoglio di un bene del *dominus*, che per una qualche ragione si trovavano a possedere. In entrambi i casi Cicerone afferma l'applicabilità dell'interdetto in questione, potendo tale strumento essere esperito (nella sua duplice direzione, sia a favore sia contro il *dominus*) anche nel caso in cui questi fosse stato coinvolto nello spoglio non direttamente, ma per il tramite di un altro soggetto. Ciò a condizione, però, che si trattasse di persona in qualche modo legata al *dominus* stesso, in quanto sottoposta alla sua *patria potestas*, come nel caso del *servus* (o, potremmo aggiungere, del *filius*), oppure poiché incaricata dal *dominus* stesso. Per quanto concerne, invece, i soggetti a lui *extranei* –

³⁶ O. Paperi, *Procurator e interpretatio nell'editto 'unde vi'*, in *SDHI*, 63 (1997), pp. 401 ss.

nel senso di persone non riconducibili in alcun modo alla sua sfera familiare o *lato sensu* giuridica – per poter coinvolgere il *dominus* e considerarlo responsabile del comportamento posto in essere dall'*extraneus* sarebbe stato richiesto un ulteriore elemento. Nello specifico, come afferma Cicerone rivolgendosi al *dominus*, era necessario che questi avesse agito «*tuo rogatu aut tuo nomine*», ossia per tuo ordine o in tuo nome (dove il «*tuo*» è evidentemente aggettivo possessivo riferito al *dominus*).

Quanto emerge dal brano appena esaminato riveste importanza ai fini della questione prospettata, relativa all'originaria natura giuridica o viceversa solamente economica del *procurator*; non a caso, esso viene sempre citato e ampiamente analizzato negli studi dedicati all'argomento. Dallo stesso, infatti, anche la dottrina più recente ha ritenuto di poter inferire con una certa sicurezza il rilievo giuridico del procuratore quanto meno nel contesto degli interdetti a tutela del possesso. Si tratterebbe peraltro – è stato sottolineato – di un ruolo giuridico tutt'altro che debole, dal momento che sulla base di esso Cicerone giustifica l'immediata ascrivibilità in capo al *dominus* del comportamento del *procurator*, tanto che quest'ultimo potrebbe essere pensato, in certo modo (secondo l'immagine recentemente proposta in dottrina) quasi come «l'*alter ego* del *dominus* medesimo»³⁷. Una conferma di ciò giungerebbe, ad avviso degli stessi autori, dal proseguo dell'orazione ciceroniana, che al paragrafo 20.57 spiega chi è il soggetto «*qui legitime procurator dicitur*», ossia al quale può essere giustamente attribuita la qualifica di *procurator*, che viene ricostruito dall'Arpinate attraverso le espressioni «*quasi ... dominus*» e «*vicarius alieni iuris*».

Cic., *Pro. Caec.* 20.57: *De liberis autem quisquis est, procuratoris nomine appellatur; non quo omnes sint aut appellentur procuratores qui negoti nostri aliquid gerant, sed in hac re cognita sententia interdicti verba subtiliter exquiri omnia noluerunt. Non enim alia causa est aequitatis in uno servo et in pluribus, non alia ratio iuris in hoc genere duntaxat, utrum me tuus procurator deiecerit, is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius, an tuus colonus aut vicinus aut cliens aut libertus aut quivis qui illam vim deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit.*

Nel presente brano ciceroniano, sempre calato nel contesto degli interdetti possessori, parte della dottrina ha ritenuto di poter ravvisare una vera e propria defini-

³⁷ La definizione del *procurator* quale «*alter ego* del *dominus*» è di A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., pp. 71-72: «emerge con evidenza [...] che il *procurator* nel contesto degli interdetti possessori riveste una veste giuridica, di tale forza da essere ascrivibile il suo comportamento direttamente al *dominus*, così da divenire, in un certo senso, l'*alter ego* del *dominus* medesimo». Un'analoga definizione del *procurator* come *alter ego* è dallo stesso ribadita a p. 76, dove viene affiancata a quella ciceroniana in termini di «vicario» e di «*quasi dominus*». L'Autore, a sua volta, si inserisce sulla scia della dottrina a lui precedente, tra cui cita in particolare M. Miceli, *Studi sulla 'rappresentanza'*, cit., pp. 113-114, la quale già aveva sottolineato il carattere giuridico del *procurator* menzionato nel brano ciceroniano, trattandosi di un «*procurator*, soggetto libero, che pone in essere atti che hanno *diretta ed immediata efficacia* nella sfera giuridica del *dominus*, alla stregua dei soggetti *alieni iuris* facenti parte della *familia*», quali appunto gli schiavi e, similmente, i *filii* e tutti i discendenti rientranti nella sua sfera potestativa.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica zione di *procurator*³⁸. Diversamente, altri reputano che al testo non possa attribuirsi valore definitorio, ma piuttosto esemplificativo e funzionale all'argomentazione della tesi difensiva del retore, volta ad ottenere un'estensione del contenuto dell'editto anche al caso di suo interesse³⁹.

Tuttavia, che Cicerone intendesse probabilmente fare riferimento ad un concetto tecnico-giuridico ben individuato e che in tale significato egli utilizzi il termine *procurator* sembrerebbe provato dal fatto che nello stesso brano si preoccupa di precisare che con tale *nomen* si individuano, in generale, tutti coloro che «*aliqui nostri negoti gerunt*». Infatti, non tutti coloro che si trovano nella condizione di dovere gestire un affare altrui sono *procuratores* («*non omnes sint procuratores*»), sebbene tale distinzione risulti irrilevante nel suo caso, stante l'estensione pretoria dell'editto *de vi armata*, che a lui interessava invocare. Ma, astraendoci dal caso concreto che rappresenta il contesto in cui l'Arpinate offre la propria definizione, non può certo negarsi che, proprio nel ribadire l'irrilevanza nel caso di specie, Cicerone confermi il profilo distintivo tra coloro che sono e coloro che non sono *procuratores*; il che presuppone che una linea di confine effettivamente sussistesse, se un retore del calibro di Cicerone decide di riportarla in una sua *oratio*. Riteniamo, dunque, di poter concordare con quanti elevano le parole ciceroniane al rango di *definitio*, discostandoci invece dalla diversa ricostruzione delle stesse in qualità di mero *exemplum*.

Indiscusso carattere definitorio presenta invece il seguente brano del Digesto, che costituisce il *principium* con cui si apre il frammento – sul quale ci siamo già soffermati – contenente la distinzione tra le due tipologie di *procuratores* (*unius rei et omnium bonorum*).

D. 3.3.1 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*)⁴⁰: *Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat.*

Con queste parole Ulpiano ci offre una chiara rappresentazione del *procurator*, che egli definisce come colui che amministra e gestisce gli affari altrui («*aliena negotia*») in forza di un mandato ricevuto dal *dominus*, ossia dall'effettivo titolare dell'interesse.

Sulla complessa questione relativa ai rapporti intercorrenti tra procura e mandato⁴¹ – sulla quale la dottrina si è molto soffermata, dedicandovi ampi studi⁴² – avre-

³⁸ A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 73: «tralasciando la questione del carattere tecnico o meno di essa, si tratta indubbiamente di una definizione del *procurator* [...]»; cfr. inoltre la posizione di M. Miceli, *Studi sulla 'rappresentanza'*, cit., p. 120, la quale ritiene si tratti di una definizione che «costituisce comunque un punto di riferimento di centrale importanza nella ricostruzione storica della figura del *procurator*».

³⁹ P. Angelini, *Il procurator*, cit., pp. 33 ss. sostiene che «una lettura attenta del testo mostra chiaramente che Cicerone non dà qui una definizione del *procurator*», ma che lo stesso «adduce solo un particolare esempio, che doveva servire a mettere ancora più in risalto le ragioni che avevano indotto la giurisprudenza a dare un'interpretazione tanto estensiva dei *verba* dell'editto e che egli desiderava invocare anche per la causa che difendeva».

⁴⁰ All'analisi del frammento è specificamente dedicato lo studio di R. Quadrato, *D. 3.3.1 pr. e la definizione di 'procurator'*, in *Labeo*, 20/2 (1974), pp. 210-224.

mo modo di tornare più avanti⁴³. Per il momento ci limitiamo a ricordare come queste due tipologie negoziali, che nel passo di Ulpiano sembrano essere perfettamente sovrapponibili, stante la derivazione dell'una (la procura) dall'altra (il mandato), erano verosimilmente in origine tra loro distinte: infatti, nonostante il mandato paia essere configurato come l'unica possibile fonte del potere rappresentativo del *procurator*, non mancano fonti che fanno riferimento separatamente alle due figure⁴⁴.

Sul tema dei rapporti tra mandato e procura, in particolare, degne di nota sono le considerazioni di parte della dottrina⁴⁵, la quale, nella convinzione che tale relazione

⁴¹ Per l'analisi manualistica del contratto di mandato nel diritto romano si vedano: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 351 ss.; E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 222 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 400 ss.; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 476; G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, cit., pp. 353 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 928 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 499 ss.; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, cit., pp. 385 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 635 ss.; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 340 ss.; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., pp. 424 ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 604 ss.; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 528 ss.

⁴² I rapporti tra procura e mandato e i relativi indirizzi sviluppatisi in dottrina sono stati analiticamente ripercorsi da A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., pp. 75 ss. (cap. 2, par. 2: «*Il procurator e il nodo problematico dei rapporti tra procura e mandato in età classica*»), al quale rinviamo per un'efficace esposizione della questione, nonché per i relativi riferimenti bibliografici. Sul tema si veda anche la voce di G. Provera, s.v. *Mandato (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. 25, Giuffrè, Milano 1975, pp. 310-320; e inoltre: G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini: contributo allo studio della storia della rappresentanza (corso di diritto romano)*, Giuffrè, Milano 2008; F. Briguglio, *Studi sul procurator*, cit.; M. Miceli, *Brevi riflessioni su mandato e rappresentanza alla luce del pensiero di Giorgio La Pira*, in *Index*, 34 (2006), pp. 209-218; S. Randazzo, *Mandare: radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Giuffrè, Milano 2005; R. Quadrato, *Dal procurator al mandatarario*, in *Ann. Bari*, 18 (1963), pp. 3-38; M. Bretone, *'Adquisitio per procuratorem?'*, in *Labeo*, 1 (1955), pp. 280-292; B. Frese, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, vol. 4, Castiglia, Palermo 1936, pp. 397-449.

⁴³ Cfr. *infra*, in questo paragrafo. Preme fin d'ora avvisare – riprendendo le osservazioni di M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 604 – che il problema del rapporto tra procura e mandato non si pone nell'esperienza romana nei medesimi termini del diritto attuale, che intende la procura come «atto astratto di conferimento dei poteri di rappresentanza diretta» e il mandato come «uno dei rapporti sostanziali su cui quel conferimento si fonda». Tale non è la prospettiva del diritto romano, nel quale gli effetti propri dell'odierna rappresentanza diretta, istituito in sé ignoto al diritto romano, non dipendevano necessariamente da «una formale investitura analoga alla nostra procura».

⁴⁴ Fra queste rientra un passo dei *Topica* ciceroniani (Cic., *Top.* 42), che assimila, quanto all'essenzialità dell'elemento della *fides*, il *procurator* al mandatarario (oltre al socio e al tutore), affermando così implicitamente – come rileva A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 77 – l'alterità tra gli stessi.

⁴⁵ Il riferimento è a A. Guarino, *Il mandato e la procura (rec. V. Arangio-Ruiz, Il mandato in diritto romano)*, in *RISG*, 3 (1949), pp. 483-491 (= *Pagine di diritto romano*, vol. 6, Jovene, Napoli 1995, pp. 186-196), il quale – nel recensire il lavoro di V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano: corso di lezioni svolto nell'Università di Roma, anno 1948-1949*, Jovene, Napoli 1949 – ripercorre le principali tappe dell'evoluzione dei diversi istituti della procura e del mandato e dei relativi rapporti, così come individuabili nelle diverse epoche della storia di Roma. L'Autore, dopo aver avvisato che «l'argomento dei rapporti tra procura e mandato è uno di quelli in ordine a cui maggiormente bisogna guardarsi dall'adottare il solito e grossolano schema del "classico-postclassico"» (cfr. A. Guarino, *Il mandato e la procura*, cit., p. 195), afferma un fondamentale mutamento di impostazione nelle diverse epoche. In particolare, secondo una prospettiva diacronica, egli rileva che in periodo preclassico, il termine *procurator* avrebbe identificato unicamente il *procurator omnium rerum* – come distinto dal *procurator ad litem*, già originariamente individuato come mandatarario, in quanto preposto all'incarico con apposito contratto – e l'azione volta a regolare i rapporti tra questi e il titolare del negozio (*dominus*) sarebbe stata l'*actio*

abbia subito un'evoluzione nel corso delle diverse epoche della storia di Roma, ritiene che questa si sia svolta a favore del mandato, che, pur sorto successivamente alla procura, l'avrebbe poi di fatto assorbita, finendo per identificarsi con essa. Tale processo di assimilazione, giunto a compimento in età postclassica (come attestano le fonti giustinianee), sarebbe però iniziato in epoca precedente. In particolare, è stato ipotizzato che l'elaborazione dell'identità tra procura e mandato avrebbe preso avvio già all'esito dell'età classica, probabilmente per mano dello stesso Ulpiano, come parrebbe confermare lo stesso brano D. 3.3.1 pr.⁴⁶. In questa medesima linea pare porsi a distanza di anni la più recente dottrina⁴⁷, la quale ritiene, sia pure con cautela, di poter ravvisare già in seno alla giurisprudenza classica i primi segnali di una visione del *procurator* differente rispetto a quella delle origini. Tale nuova mentalità sarebbe maturata soprattutto nella riflessione scientifica di Ulpiano, dalle cui parole emergerebbe una «sovrapposizione», a tratti tendente ad «una vera e propria assimilazione», «dei piani della procura e del mandato»; sovrapposizione che, se in Ulpiano era presente soltanto *in nuce*, in quanto oggetto di una tendenza della giurisprudenza, sarebbe giunta a compimento in epoca giustiniana, nella quale si sarebbe consolidata in maniera definitiva «la visione del procuratore che inscindibilmente è anche mandatario»⁴⁸.

Ciò che caratterizzerebbe la figura del *procurator* e che rilevarebbe ai fini dell'attribuzione ad un soggetto di tale veste sarebbe, dunque, la presenza di un incarico o di un'autorizzazione – non ci interessa se rilasciata in via unilaterale (*iussum*) o mediante mandato, né tanto meno se concessa in via generale o in relazione ad uno specifico affare – ad agire nell'interesse di altri. Soltanto in presenza di una siffatta autorizzazione il procuratore potrà considerarsi 'effettivo' (*procurator verus*): al contrario, laddove non vi sia stato alcun conferimento di incarico da parte dell'interessato, il soggetto che senza esserne richiesto gerisca gli affari altrui (*negotiorum gestor*)⁴⁹ non sarà un procuratore 'verus', ma soltanto 'apparente', in quanto, pur agendo 'sotto le mentite spoglie' del rappresentante, è tuttavia privo di tale qualifica. Questo è il motivo per cui le fonti con riferimento a tale soggetto utilizzano l'espressione, che tanta fortuna ha avuto nella storia giuridica della rappresentanza, '*falsus procurator*'⁵⁰: una denominazione con cui veniva – e viene ancora oggi – in-

negotiorum gestorum. Nei secoli successivi si sarebbe verificata poi una progressiva introduzione del mandato, che avrebbe condotto ad un assorbimento della procura e della *negotiorum gestio* nel concetto generale di mandato.

⁴⁶ Cfr. A. Guarino, *Il mandato e la procura*, cit., p. 196.

⁴⁷ A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit.

⁴⁸ Le parole virgolettate sono espressioni utilizzate da A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 208, tratte dalle ultime pagine della sua monografia integralmente dedicata al *falsus procurator*.

⁴⁹ In tema di *negotiorum gestio* si vedano gli studi di: G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, vol. 1, *Azione pretoria ed azione civile*, Jovene, Napoli 1999; G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, vol. 2.1, *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Pubblicazioni dell'Università degli Studi di Cassino, Cassino 2003; J. Gaudemet, *A proposito di negotiorum gestio*, in *Index*, 1 (1970), pp. 269-273; B. Frese, *Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht*, in *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, vol. 1, Vanderpoorten Sirey, Gand Paris 1926, pp. 325-384.

⁵⁰ La formula '*falsus procurator*' come alternativa rispetto a quella di '*negotiorum gestor*', e soprattutto come speculare e contrapposta a quella di '*verus procurator*', era già stata efficacemente evidenziata da A. Burdese, *Sul 'procurator'*, cit., p. 210.

dicato quel soggetto che, proprio in quanto agente al di fuori di ogni autorizzazione da parte del *dominus*, non può certo definirsi come un suo ‘vicario’, né tanto meno come il suo ‘*alter ego*’⁵¹, pur apparendo all’esterno tale.

Poste queste premesse, è necessario allora indagare quale posizione occupasse la figura del *falsus procurator* nell’ambito dell’ordinamento giuridico romano e valutare quali fossero gli effetti riconosciuti – se eventualmente ve ne fossero – agli atti dallo stesso posti in essere.

5. Procurator ‘non mandatario’ e procurator ‘simulatore’: i diversi orientamenti dottrinali sulla figura del *falsus procurator*

5.1 La tesi interpolazionista o ‘negativa’: il *falsus procurator* come ‘non mandatario’

Dopo aver brevemente illustrato la rappresentanza nel contesto giuridico di Roma antica e avendo ripercorso le diverse tipologie di rappresentanti configurabili, possiamo ora passare ad analizzare questo stesso fenomeno nella peculiare ipotesi in cui si manifesti sotto una veste ‘apparente’ e non ‘reale’. È giunto, dunque, il momento di soffermarsi sulla figura del *falsus procurator* così come emerge nelle parole dei giuristi romani.

Se per il caso del *falsus creditor* l’analisi si riduceva ad un unico brano, pur integrato da qualche ulteriore notazione ad esso pertinente, nel caso del *falsus procurator* le fonti sono invece tutt’altro che esigue. Come la dottrina ha da tempo messo in luce, numerose sono le testimonianze che ad esso rinviano in maniera diretta, molte volte peraltro nominandolo in contrapposizione ad un *procurator verus*.

Tuttavia, non sempre l’abbondanza di riferimenti è sinonimo di chiarezza e di univocità esegetica: anzi, spesso più sono le fonti dalle quali attingere, più la ricostruzione di un certo istituto e del suo regime diviene problematica. In questo caso, infatti, è necessario fare i conti con le diverse interpretazioni nel tempo prospettate, le quali talvolta offrono risposte tra loro divergenti anche in maniera significativa. Questo è ciò che in parte è avvenuto nel caso del *falsus procurator*, sul quale si sono formati due diversi indirizzi dottrinali tra loro diametralmente opposti.

La distinzione tra le due impostazioni, peraltro, origina a sua volta dalla questione (cui si è accennato poco fa parlando del *procurator*) relativa alla differenza e ai rapporti tra procura e mandato. Come anticipato, non è qui possibile riprendere nel dettaglio tale problematica, che in passato ha tanto richiamato l’attenzione della dottrina, i cui risultati sono stati efficacemente riassunti nel recente studio di Milazzo già più volte citato⁵². Ci limitiamo dunque a rilevare che la questione relativa al concetto di *falsus procurator* non può prescindere da quella inerente ai rapporti in-

⁵¹ Per la definizione di *procurator* come ‘*alter ego*’ e ‘vicario’ del *dominus* cfr. *supra* nota 37.

⁵² Per una sintetica enunciazione dei rapporti tra procura e mandato si veda *supra*, par. 4.3 (parte finale). Per una trattazione compiuta della questione e per i relativi riferimenti bibliografici rinviamo a A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., cap. 2, par. 2.2 (‘Il *procurator* e il nodo problematico dei rapporti tra procura e mandato in età classica’), pp. 75 ss.

tercorrenti tra mandato e procura, essendo tematiche tra loro inscindibilmente legate. Infatti, in base alla diversa soluzione accolta rispetto all'interrogativo in ordine al ruolo giocato dal mandato rispetto all'assunzione della qualifica di *procurator*, muteranno anche le conclusioni relative alla definizione di *procurator* in sé e, conseguentemente, di *procurator verus* e *falsus*.

In particolare, laddove si ritenga che il mandato rappresenti un elemento essenziale della procura e che dunque ne connoti l'essenza, si addiverrà necessariamente alla conclusione per cui non può sussistere procura e, di conseguenza, un soggetto non può assumere la qualifica di *procurator* senza che ad esso sia stato conferito un precedente mandato. Così, sancendosi una sostanziale equivalenza tra procura e mandato e identificando il *procurator* nella figura del mandatario, può pure affermarsi che siamo di fronte ad un procuratore tecnicamente inteso soltanto se a questo sia stato conferito l'incarico mediante mandato: in altre parole, un procuratore sforuito di mandato sarebbe un procuratore non 'vero', ma 'falso'.

Questa è, dunque, l'immediata implicazione dell'accoglimento di tale impostazione sulla definizione di *falsus procurator*: posta una sostanziale equivalenza tra mandato e procura, e ammesso che non può esservi procura senza mandato, deve concludersi che è *verus procurator* soltanto il mandatario, cioè chi agisca in virtù di un titolo derivante da mandato, in assenza del quale il *procurator* sarà *falsus*. Questa è la tesi accolta e sostenuta da un primo filone dottrinale, che fonda il proprio ragionamento sul dato per cui, a partire da una certa epoca, non vi sarebbe stata distinzione tra procura e mandato; perciò, il procuratore qualificato come 'falso' sarebbe stato sinonimo di procuratore 'non mandatario', ossia un rappresentante che agisce pur essendo privo dello specifico titolo legittimante costituito dal mandato.

Tale orientamento, sulla base di un'attenta analisi delle fonti relative al *procurator*, ha ritenuto di poter affermare la 'non classicità' della sovrapposizione tra procura e mandato, la quale, tutt'altro che propria dell'originaria impostazione del diritto romano, sarebbe invece frutto della concezione maturata in epoca bizantina. A riguardo, la lettura dei passi del Digesto non lascerebbe adito a dubbi: per i giuristi di età giustiniana l'unico vero procuratore sarebbe il mandatario, ossia chi sia stato preposto (*praepositus*) da altri al compimento di un incarico mediante un apposito contratto di mandato. Altrimenti, il soggetto non sarà tecnicamente e giuridicamente tale: la sua qualifica in termini di *procurator* dunque non sarà reale (*vera*), ma fittizia (*falsa*).

Gli stessi autori che sostengono ciò ritengono però che una simile conclusione, essendo frutto dell'elaborazione e del pensiero giuridico giustiniano, non sarebbe stata valida anche per l'epoca precedente. In particolare, l'asserita essenzialità del mandato rispetto alla procura non avrebbe trovato spazio nell'età classica, nell'ambito della quale sarebbe stato possibile immaginare un *procurator* che non fosse al contempo anche mandatario. In questa fase, infatti, la 'veste' di procuratore non sarebbe stata necessariamente il risultato di un conferimento di poteri attuato mediante un contratto di mandato, potendo derivare anche da una *praepositio* unilaterale da parte del *dominus* nei confronti di un soggetto di sua fiducia, individuato

per compiere atti in sua vece⁵³. Soltanto in epoca postclassica si sarebbe assistito ad una loro progressiva sovrapposizione, che portò in definitiva ad una vera e propria fusione (o meglio inglobamento) dell'una nell'altro, segnando così un esito fatale per la procura come individualità separata dal mandato⁵⁴.

Partendo da tale dato e considerando l'identità tra procura e mandato come frutto di un'elaborazione giuridica successiva e non originaria, parte della dottrina ha in passato ipotizzato e sostenuto che i passi contenenti un riferimento esplicito al *procurator* come *verus* o come *falsus* sarebbero in realtà il risultato di un'operazione di manipolazione posta in essere dai compilatori del *corpus* giustiniano. Questi ultimi, infatti, assecondando la mutata concezione della procura, avrebbero interpolato i testi originari attraverso l'inserimento dell'aggettivo '*falsus*' o '*verus*' a fianco della parola '*procurator*'. Tale specificazione, in origine non necessaria in quanto irrilevante ai fini dell'attribuzione della qualifica di procuratore, sarebbe invece divenuta indispensabile nel mutato contesto in cui non poteva sussistere *procurator* in assenza di mandato. Di conseguenza sarebbe verosimile che i compilatori bizantini, in presenza di fonti in cui i concetti di procura e di procuratore comparivano in un ambito non contemplante un annesso mandato, abbiano ritenuto opportuno integrarle e correggerle inserendo il riferimento alla 'falsità' della qualifica di *procurator*. Così facendo, dunque, avrebbero introdotto una distinzione (quella tra *procurator* '*verus*' e '*falsus*' come discendente dalla sussistenza del mandato) originariamente estranea al diritto romano, per il quale tale contrapposizione non aveva ragione di esistere in questi termini, stante l'indipendenza del mandato rispetto alla procura. Questa impostazione dottrinale è stata dai successivi autori qualificata come «tesi interpolazionista»⁵⁵, in quanto fondata su una generalizzata manipolazione dei passi del Digesto contenenti il riferimento al concetto di procuratore '*falsus*'.

⁵³ La contrapposizione tra un conferimento del potere rappresentativo in via unilaterale e uno frutto di un atto bilaterale (di natura contrattuale) è ben nota, in quanto presente nell'attuale configurazione del nostro codice civile, che attorno ad essa costruisce la distinzione tra procura (art. 1392 c.c.), atto unilaterale, e mandato (art. 1703 ss.), contratto. Tale distinzione non è propria soltanto della nostra tradizione giuridica, ma è presente anche nell'impostazione germanica, che a riguardo utilizza i termini '*Vollmacht*' e '*Auftrag*' per individuare rispettivamente l'investitura unilaterale, da un lato, e quella bilaterale mediante mandato, dall'altro. Tali denominazioni – la cui portata è chiarita nell'opera di S. Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Breitkopf & Härtel, Leipzig 1881, *passim*, e in quella di B. Frese, *Prokurator und negotiorum gestio*, cit., *passim* – sono richiamate anche da E. Albertario, *Procurator unius rei*, cit., pp. 518 ss. e inoltre da F. Serrao, *Il procurator*, Giuffrè, Milano 1947, p. 110, il quale le utilizza per rappresentare il mandato, che corrisponderebbe per i giuristi romani soltanto al concetto riassunto dalla parola '*Auftrag*', non essendo mai, viceversa, utilizzato per individuare ciò che i tedeschi intendono con il vocabolo '*Vollmacht*'. Il che sarebbe testimoniato, secondo l'Autore, da un brano di Scevola – D. 17.1.60.4 (Scaev. 1 *resp.*) – dove il termine '*mandare*' sarebbe sintomatico non di un conferimento del potere rappresentativo mediante mandato, ma piuttosto mediante un'unilaterale *praepositio*.

⁵⁴ L'esito ineluttabile che segna il destino della procura a seguito della sua fusione con l'istituto del mandato è ben rappresentato da E. Albertario, *Procurator unius rei*, cit., p. 519, che insiste nel qualificarlo come 'fatale': «la fusione doveva essere fatale: o, per dir meglio, il mandato doveva fatalmente sovrapporsi alla procura e sostanzialmente eliminarla».

⁵⁵ Emblematica, a riguardo, è l'intitolazione che A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit. attribuisce al par. 4.1 (pp. 28 ss.) del primo capitolo del suo volume, dedicato all'analisi dello stato della dottrina romanistica in merito al *falsus procurator* nelle varie fonti giuridiche. Nella prima parte l'Autore espone e

Rispetto a tale teoria, che in passato ha visto autorevoli sostenitori, la questione dell'interpolazione è stata successivamente approfondita e ulteriormente articolata attraverso una dettagliata analisi delle fonti, di cui è stata proposta una suddivisione interna attraverso un triplice raggruppamento⁵⁶. Così, sono stati distinti i passi in cui il procuratore è identificato come mandatario⁵⁷ (i quali sarebbero frutto della mani-

commenta la tesi interpolazionista, individuando i principali autori che della stessa si sono fatti portavoce, quali Albertario e prima di lui già Schlossman, che per primo propose un'elaborazione compiuta del *procurator* come soggetto sganciato dal mandato e in generale da un legame giuridico col *dominus* dell'affare gerito, prospettando così una ricostruzione nuova ed alternativa rispetto a quella già avanzata da A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, vol. 1, Halle 1873, pp. 490 ss., che aveva paragonato la posizione del *procurator* (come soggetto preposto dal *dominus* alla gestione e amministrazione dei propri affari) a quella del curatore. Schlossmann riteneva che il *procurator* rivestisse unicamente un ruolo sociale, senza tuttavia ricoprire alcun rilievo giuridico, non essendo legato al *dominus* da un vincolo di mandato, ma neppure di un altro rapporto rappresentativo giuridicamente rilevante (*negotiorum gestio*, tutela, curatela). L'esclusione del valore giuridico del *procurator* fu fortemente criticata dalla successiva dottrina, primo fra tutti da V. Scialoja, *L'acquisto del possesso per mezzo di terzi secondo il diritto romano e l'attuale* (Rec. S. Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*), in *La Cultura*, 1/1 (1882), pp. 428-436 (= *Studi giuridici*, vol. 1, *Diritto romano*, Anonima romana editoriale, Roma 1933, pp. 97-103) e successivamente da P. Bonfante, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, vol. 1, G. Bretschneider, Roma 1975 (rist. anast. dell'ed. Bocca, Torino 1898), pp. 1-13 (= *Scritti giuridici varii*, vol. 3, Utet, Torino 1926, pp. 250-261) e da Emilio Albertario. Sul punto cfr. le osservazioni di F. Briguglio, *Studi sul procurator*, cit., p. 47 nota 1.

⁵⁶ Tale raggruppamento e distribuzione delle fonti relative al *procurator falsus* e *verus* è stato operato da G. Donatuti, *Studi sul procurator*, 2. *Verus et falsus procurator*, cit. La finalità che animava tale operazione di riordino non era meramente compilativa, ma voleva idealmente coordinarsi e costituire il complemento della tesi di E. Albertario, *Procurator unius rei*, cit., il quale aveva sostenuto l'avvenuta manipolazione dei passi relativi al *falsus procurator*. Rispetto alla tesi interpolazionistica l'operazione di Donatuti, come apertamente dichiarato dall'Autore (G. Donatuti, *Studi sul procurator*, 2. *Verus et falsus procurator*, cit., pp. 135 ss.), mirava a costituire il fondamento, fornendo la base testuale in grado di sorreggere le argomentazioni da altri addotte. Sul rapporto tra l'opera di Donatuti e quella di Albertario si vedano le osservazioni di A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., pp. 31 ss.

⁵⁷ I frammenti che testimoniano una costituzione del *procurator* mediante il contratto di mandato sono svariati. Tra questi ci limitiamo a riportare, a titolo esemplificativo, quelli più spesso citati in dottrina (cfr. anche A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 34 nota 74): D. 3.3.47 (Iul. 4 *ad Urseium Ferozem*): «*Qui duos procuratores omnium rerum suarum reliquit, nisi nominatim praecepit ut alter ab altero pecuniam petat, non videtur mandatum utrilibet eorum dedisse*»; D. 4.4.23 (Paul. 11 *ad ed.*): «*Cum mandatu patris filius familias res administraret, non habet beneficium restitutionis: nam et si alius ei mandasset, non succurreretur, cum eo modo maiori potius consuleretur, cuius damno res sit cessura. Sed si eventu damnum minor passurus sit, quia quod praestiterit servare ab eo cuius negotia gessit non potest, quia is non erit solvendo, sine dubio praetor interveniet. Si autem ipse dominus minor sit, procurator vero maioris aetatis, non potest facile dominus audiri, nisi si mandatu eius gestum erit nec a procuratore servari res possit. Ergo et si procuratorio nomine minor circumscriptus sit, imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia. Idque et Marcello placet*»; D. 17.1.8.3 (Ulp. 31 *ad ed.*): «*Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest): quamquam enim volgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest*»; D. 17.1.8.6 (Ulp. 31 *ad ed.*): «*Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest. Ut puta mandavi tibi, ut fundum emeris: si intererat mea emi, teneberis: ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi vel alius mihi neque interest aliquid, cessat mandati actio. Mandavi, ut negotia gereres: si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est, aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum*»; D. 17.1.31 (Iul. 14 *dig.*): «*Si negotia mea mandavero gerenda*

polazione dei compilatori) da quelli in cui il mandato non compare quale elemento rilevante e qualificante la procura⁵⁸ (che sarebbero invece genuini e attesterebbero la differente visione propria dell'epoca classica), nonché da quelli ulteriori in cui il *procurator* viene qualificato come 'simulatore'.

Sulla base dell'individuazione e dell'esegesi di tali passi è stata, dunque, imposta la critica avverso la tesi che sostiene una generalizzata interpolazione, ritenendo che la distinzione tra *falsus* e *verus procurator* sia estranea al periodo classico. È stato infatti rilevato che, pur ammettendo la paternità giustiniana dell'essenzialità del mandato ai fini della procura e pur dovendosi condividere l'impostazione che rinviene nella presenza dell'aggettivo *falsus* e *verus* accanto a *procurator* il segno di un'alterazione del contenuto originario dei passi (in cui tale specificazione non era forse *ab initio* presente), non può tuttavia ritenersi che sia necessariamente intervenuta una manipolazione ogni volta che il *procurator* viene presentato come mandatario. Al contempo non si potrebbe, però, affermare in radice un'assoluta estraneità del mandato rispetto alla procura, come fossero due universi tra loro separati e non comunicanti, ed escludere la genuinità di ogni passo che contenga un riferimento al mandato in rapporto alla procura: tale atteggiamento si tradurrebbe, infatti, in un'incomprensibile – in quanto frutto di un infondato preconcetto⁵⁹ – dichiarazione di «guerra al mandato»⁶⁰. Più correttamente si dovrebbe ritenere che, fermo restando che forse in epoca classica il mandato non era indispensabile per la sussistenza della procura, avrebbe comunque potuto verificarsi una loro coesistenza, nel caso in cui la procura fosse stata effettivamente attribuita con mandato. In altre parole, non è detto che il mandato sia l'unico mezzo per attribuire il potere rappresentativo ai terzi, come sarà poi in epoca bizantina, ma ciò non significa che esso non rappresenti una delle possibili vie per conseguire tale risultato. Il mandatario è ed è sempre stato, anche in età classica, un *procurator*; con la differenza che, mentre il mandatario per i compilatori era l'unica tipologia di *procurator* in senso tecnico ipotizzabile, ossia l'unico '*verus procurator*', nei secoli precedenti esso era solo uno dei possibili tipi di procuratore: quello sorto a seguito di un conferimento di tipo contrattuale. Accanto a questo '*procurator-mandatario*' erano poi immaginabili altri tipi di rappresentanti, destinatari non di un mandato ma di una *praepositio* unilateralmente conferita;

ei, qui mihi actione in quadruplum tenebatur, post annum vero in simplum, etsi post annum cum eo mandati agam, praestare mihi quadruplum debebit: nam qui alterius negotia administranda suscipit, id praestare debet in sua persona, quod in aliorum»; D. 46.3.87 (Cels. 20 dig.): «Quodlibet debitum solutum a procuratore meo non repeto, quoniam, cum quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat neque post ea exspectandum est, ut ratum habeat».

⁵⁸ Per l'analisi e l'esegesi di alcuni frammenti rientranti in questa categoria si rinvia al lavoro di S. Solazzi, *Ancora procuratori senza mandato*, in *RIL*, 57 (1924), pp. 302-318 (= *Scritti di diritto romano*, vol. 2, Jovene, Napoli 1957, pp. 609-621), che si pone a prosecuzione e completamento del precedente Id., *Procuratori senza mandato*, in *RIL*, 56 (1923), pp. 735-747 (= *Scritti di diritto romano*, vol. 2, Jovene, Napoli 1957, pp. 569-578).

⁵⁹ Cfr. A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 34.

⁶⁰ La raffigurazione di tale impostazione attraverso l'immagine della «guerra al mandato» è stata proposta da S. Solazzi, *La definizione del procuratore*, in *RIL*, 56 (1923), pp. 142-156 (= *Scritti di diritto romano*, vol. 2, Jovene, Napoli 1957, pp. 557-567).

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

figure che, pur diverse quanto alla modalità costitutiva e genetica del loro potere, erano parimenti qualificate come *procuratores*⁶¹.

La distinzione tra *verus* e *falsus procurator* non sarebbe dunque per i classici relativa al mandato, segnalandone la presenza o l'assenza. Piuttosto, l'accezione del *falsus procurator* in tali termini sarebbe frutto di un'operazione di successivo declassamento, che avrebbe determinato la fuoriuscita di tale 'falso rappresentante' dal novero dei *procuratores*, nei quali originariamente era tuttavia ricompreso, al pari del suo «compagno» non «degradato» per mano bizantina⁶².

In questo modo si viene a delineare, nell'ambito della stessa tesi interpolazionista, uno scisma⁶³ tra due diverse impostazioni: la prima⁶⁴ (che potremmo indicare come tesi interpolazionista 'pura' o 'assoluta'), oltre ad escludere l'originarietà della distinzione presente nei passi del Digesto tra *falsus* e *verus procurator*, nega altresì che inizialmente il mandatario fosse un *procurator*, affermando piuttosto l'estraneità tra i due istituti. Al contrario, una diversa ricostruzione⁶⁵ (che potremmo definire tesi interpolazionista 'moderata'), pur concordando in ordine al primo assunto, si discosta dal secondo, rinvenendo nel mandato, già in epoca classica, una delle possibili fonti – sebbene certo non l'esclusiva, come sarà per i compilatori – legittimanti il potere rappresentativo del *procurator*.

⁶¹ S. Solazzi, *La definizione del procuratore*, cit., p. 556, pur attribuendo ad Albertario il merito di aver ravvisato nell'aggettivazione *falsus* e *verus* riferita al *procurator* il segnale di un'interpolazione da parte dei compilatori giustiniani, e dunque facendo proprio l'assunto di partenza, non ne condivide tuttavia gli esiti ultimi, reputando errata la conclusione per cui in epoca classica non sarebbe stato *procurator* neppure quello che nelle fonti interpolate è qualificato come *verus procurator*. Secondo Solazzi, invece, per i classici erano *procuratores* entrambe le categorie individuate dai compilatori bizantini, sia quello *verus* sia quello *falsus*, non rivestendo tale distinzione valore alcuno per i giuristi classici.

⁶² Le parole sono poste tra virgolette in quanto riprese dal discorso di S. Solazzi, *La definizione del procuratore*, cit., p. 566, il quale nell'ambito della critica rivolta all'impostazione di Albertario, dai cui risultati ultimi prende le distanze, afferma che il *verus procurator* delle fonti giustiniane era nell'epoca classica un *procurator* al pari del «suo compagno degradato dalle scuole romano-elleniche», simpatica perifrasi con cui l'Autore intende evidentemente significare il *procurator* non *verus*, bensì *falsus*. L'idea che i compilatori abbiano voluto attraverso l'inserimento dell'aggettivo *falsus* operare un declassamento o una retrocessione del *procurator* è condivisa anche da I. Fagnoli, *Alius solvit alius repetit. Studi in tema di indebitum condicere*, Giuffrè, Milano 2001, p. 111, nota 116, ad avviso della quale l'aggiunta in taluni passi da parte dei compilatori giustiniani dell'aggettivo '*falsus*' sarebbe funzionale proprio a far «retrocedere il *procurator*-gestore a *falsus procurator*» e in questo modo «per distinguerlo dal *verus* che facevano coincidere con il mandatario»; nonché anche da A. Burdese, *Sul 'procurator'*, cit., p. 327, il quale rileva che «i compilatori giustiniani sono intervenuti in numerosi testi per degradare il *procurator*, spontaneo gestore di negozi, a *falsus procurator* o non *verus procurator*».

⁶³ Lo scisma relativo alla figura del *procurator*, come scaturente dalla diversa ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra procura e mandato, è emerso intorno al dibattito che coinvolse le due autorevoli figure della dottrina romanistica, ossia da un lato Emilio Albertario e dall'altro Siro Solazzi. In merito alla famosa disputa si vedano le osservazioni di A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 35.

⁶⁴ E. Albertario, *Procurator unius rei*, cit. e già prima di lui P. Bonfante, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, cit.; S. Schlossmann, *Der Besitzerwerb*, cit., p. 117; nonché successivamente B. Frese, *Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht*, cit.; inoltre F. Serrao, *Il procurator*, cit., *passim*.

⁶⁵ Questa diversa configurazione della tesi interpolazionista, che si contrappone al primo indirizzo, maggiormente rigido, è stata elaborata e sostenuta da S. Solazzi, *Ancora procuratori senza mandato*, cit.

Un'impostazione ancora differente⁶⁶ (pure interna alla teoria interpolazionista, dal momento che anch'essa muove dall'assunto di una sostanziale estraneità del concetto di *falsus procurator* come non mandatario rispetto all'età classica) ritiene però di poter attribuire già in quest'epoca un ruolo ancor più rilevante al mandato. In particolare, non soltanto il mandato avrebbe rappresentato una delle possibili fonti della procura, ma addirittura a quest'ultima sarebbe stato esteso già nell'età classica il regime del mandato.

I sostenitori di tale tesi ritengono di poter provare la 'classicità' dell'accostamento della procura al mandato sulla base di alcuni brani tratti dalle *Institutiones* gaiane⁶⁷, che testimonierebbero l'utilizzo in un ambiente pregiustiniano – e soprattutto 'precompilatorio', dunque estraneo all'intervento manipolatorio dei commissari – della qualificazione del *procurator* nella veste di mandatario.

Su queste basi è stato ipotizzato che l'alternativa tra *verus* e *falsus procurator* fosse già emersa in età classica, pur non essendo ancora stata portata alle estreme conseguenze cui addiverrà in epoca successiva, quando procura e mandato finiranno per coincidere e il *procurator* sarà esclusivamente il mandatario, essendo di conseguenza «marchiato di *falsus*»⁶⁸ il soggetto che del mandato fosse invece privo.

5.2 La tesi della simulazione o 'positiva': il *falsus procurator* come 'simulator'

Rispetto alla tesi interpolazionista che, pur nelle diverse articolazioni appena viste, si fonda su una lettura del *falsus procurator* in termini 'negativi', ossia quale soggetto 'non mandatario', e dunque configura la relativa fattispecie come carente rispetto ad uno degli elementi essenziali richiesti per l'esistenza di un rapporto qualificabile in termini tecnico-giuridici come rappresentanza, ha preso le distanze altra parte della dottrina, che ha attribuito alla figura del *falsus procurator* presente nelle fonti romanistiche un diverso significato.

⁶⁶ Portavoce di questa ulteriore tesi ricostruttiva è V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, cit., la cui posizione è stata dettagliatamente analizzata da A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., pp. 38 ss., alle cui osservazioni rinviamo.

⁶⁷ Fra i brani gaiani adottati da Arangio-Ruiz a sostegno della propria ricostruzione, si segnalano i seguenti: Gai 4.84: «*Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur; quin etiam sunt, qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum; quamquam et ille, cui mandatum est, plerumque satisfacere debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur*»; Gai 3.155: «*Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*». Oltre a questi, l'Autore cita una serie di passi tratti dal Digesto, in cui i vocaboli 'mandatum' e 'mandare', nonché la stessa *actio mandati*, sono utilizzati in riferimento al *procurator*: D. 3.3.1 pr. (Ulp. 9 ad ed.); D. 3.3.42.2 (Paul. 8 ad ed.); D. 17.1.10.3 (Ulp. 31 ad ed.); D. 17.1.55 (Pap. 1 resp.); D. 47.10.17.16 (Ulp. 57 ad ed.).

⁶⁸ Così si esprime A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 41 nel riportare la tesi e gli argomenti sostenuti da V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, cit., p. 78, per il quale la distinzione tra *verus* e *falsus procurator* delle fonti giustiniane sarebbe solo «la definitiva celebrazione di una tendenza terminologica già in atto».

Quella finora analizzata non è infatti l'unica conclusione possibile laddove si scelga – come questa ulteriore impostazione ha ritenuto di fare – di non condividere l'assunto iniziale in ordine alla sostanziale identità tra mandato e procura. Negando l'essenzialità del mandato per la sussistenza della procura e ammettendo piuttosto che la seconda possa esistere senza il primo, è possibile individuare una sfera di rilevanza giuridica del concetto di procura – e correlativamente di *procurator* – sganciata e, almeno in parte, indipendente rispetto al mandato. In questo modo diviene possibile attribuire al sintagma '*falsus procurator*' un suo significato proprio e non semplicemente una valenza 'negativa' rispetto al necessario requisito del mandato.

Viene dunque superata la teoria del procuratore 'falso' in quanto 'non mandatario', che fa riferimento a quelle ipotesi in cui la necessaria equivalenza tra mandato e procura non risulta concretamente verificata. La seconda tesi offre piuttosto una diversa lettura, che potremmo definire 'positiva', nel senso che individua un elemento che fonda la figura del *falsus procurator* per la sua presenza e non per la sua assenza. Per meglio dire, se nella tesi interpolazionista il *falsus procurator* è costituito come alternativa al mandatario – e, in particolare, come 'mandatario fallace' sotto il profilo del titolo giuridico richiesto (il mandato appunto) – al contrario la tesi che fa riferimento alla simulazione della qualifica del titolo rappresentativo da parte del *falsus procurator* può essere, in contrapposizione alla prima, definita come 'positiva'. Ciò in quanto tale teoria ritiene che la qualifica di *falsus procurator* non sia attribuita in ragione dell' 'assenza' di un requisito – come quella 'negativa' appena descritta – bensì in virtù della 'presenza' di un elemento, che per la fattispecie è costitutivo ed essenziale. Questo elemento viene individuato nella simulazione della qualifica di rappresentante, ossia nel fatto che il *falsus procurator* si finge rappresentante («*se simulat procuratorem esse*»⁶⁹) e in tale veste agisce; prospettiva, quest'ultima, che evoca uno scenario a noi ormai noto, in quanto già ampiamente discusso relativamente all'ipotesi del *falsus creditor* («*qui se simulat creditorem esse*»)⁷⁰: quello di un soggetto che simula («*se simulat*») di essere qualcun altro.

Quest'ultima teoria, che si pone in antitesi alla precedente, attualmente risulta peraltro essere dominante in dottrina⁷¹, essendo sostenuta, pur con sfumature diverse, dagli autori che si sono ultimamente occupati di questi temi. La maggior parte degli studiosi sembra dunque rifiutare l'idea che gli aggettivi '*verus*' e '*falsus*' che compaiono nelle fonti in merito al *procurator* siano stati tutti inseriti dai compilatori

⁶⁹ D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): «*Falsus procurator furtum quidem facere videtur. Sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos interceptat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. Quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo*».

⁷⁰ Cfr. cap. 3, *passim*: D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): «*Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem) si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient*».

⁷¹ L'osservazione è di A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 53, secondo cui «la tesi del *falsus procurator* quale soggetto simulatore sembra quindi dominare le prospettive attuali della dottrina romanistica», la quale ad avviso dell'Autore escluderebbe per lo più «che i giuristi classici abbiano potuto parlare di *falsus procurator* nell'accezione di soggetto non mandatario, e quindi quale soggetto che nei fatti non è *procurator*», ritenendo che lo stesso potesse «al più qualificarsi come spontaneo gestore di affari altrui».

giustinianeî per distinguere il procuratore-mandatario da quello privo del relativo titolo. Rispetto all'interrogativo circa la loro autenticità o, viceversa, la loro riconducibilità alla mano dei compilatori, la risposta offerta da questa teoria è meno netta, in quanto non si pronuncia in maniera drastica a favore della seconda soluzione (che reputa che gli aggettivi *falsus* e *verus* sarebbero, laddove presenti, sempre e comunque frutto di un'inserzione giustiniana), ammettendo invece che già in epoca classica fosse utilizzata l'espressione '*falsus procurator*'. Questa tesi, quindi, ritiene che già i giuristi di quell'epoca conoscessero ed avessero enucleato il concetto di *procurator* 'non *verus*', sebbene in un'accezione e con un significato differente rispetto a quello proprio della compilazione giustiniana⁷².

Se, dunque, nella tesi 'interpolazionista-negativa' la qualificazione del *procurator* in termini di verità o falsità sarebbe di stampo giustiniano e si fonderebbe sulla presenza o assenza di un legittimo mandato, secondo l'ultima diversa impostazione l'alternativa *verus/falsus* sarebbe già stata nota ai giuristi classici, che però l'avrebbero elaborata non in correlazione al mandato, ma piuttosto al concetto di simulazione. Occorre peraltro precisare che i primi sostenitori di questa seconda teoria ne hanno tuttavia circoscritto e limitato l'effettiva portata, ritenendo che l'espressione *falsus procurator* sarebbe stata utilizzata in un contesto estraneo al diritto e rilevante, piuttosto, a fini meramente sociali ed economici. La simulazione a cui fanno riferimento le fonti avrebbe infatti ad oggetto non tanto i poteri e le facoltà (indubbiamente di rilievo giuridico) discendenti dal mandato o dalla procura, in quanto negozi con cui il *dominus* conferisce al rappresentante il potere di gestire ed amministrare i propri affari in sua vece; al contrario, la simulazione avrebbe avuto ad oggetto «uno status socio-economico», quale «la posizione sociale che ne fa l'uomo di fiducia del *dominus*»⁷³.

Contro quest'ultima posizione si sono tuttavia pronunciati quanti⁷⁴ hanno criticato la relegazione del *falsus procurator* di età classica all'ambito socio-economico, ritenendo invece di poter attribuire a tale figura già in quell'epoca un proprio rilievo giuridico, connesso appunto all'idea di simulazione. Secondo i sostenitori di questa diversa ricostruzione, dunque, il *falsus procurator* 'classico' non sarebbe un generico amministratore o gestore di cosa altrui, un soggetto che opera in assenza di mandato, come sarà poi per i compilatori, che lo contrapporranno al *procurator verus*, in

⁷² Sul punto A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 53 rileva che la dottrina oggi «propende per affermare che i testi classici non abbiano subito un inserimento dell'aggettivo *falsus*, che sarebbe stato di già presente», allo stesso tempo adottando però un atteggiamento cauto, nel ritenere che lo stesso avrebbe assunto, in quell'epoca, «un significato alquanto diverso da quello ad esso attribuito dai compilatori».

⁷³ Così si esprime P. Angelini, *Il procurator*, cit., pp. 222 ss., il quale in conclusione del proprio lavoro (p. 254) afferma che la bipartizione terminologica tra *falsus* e *verus procurator* sarebbe di matrice giustiniana e che i compilatori avrebbero utilizzato i due termini per, da un lato, attraverso l'espressione *verus procurator* «sottolineare la nuova concezione giustiniana» di un procuratore mandatario e, dall'altro, con la qualifica di *falsus procurator* «eliminare dalle fonti classiche la figura socio-economica del procuratore».

⁷⁴ Fra questi si segnalano: A. Burdese, *Sul 'procurator'*, cit.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. 2, *Das nachklassischen Entwicklungen*, Beck, München 1975² (ed. orig. 1959); e, da ultimo, G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit.; si veda inoltre R. Quadrato, s.v. *Rappresentanza (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 38, Giuffrè, Milano 1987, pp. 417-434.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

quanto titolare del mandato. Per i classici, piuttosto, il *falsus procurator* sarebbe un simulatore, un soggetto che ricopre fittiziamente le vesti del rappresentante altrui: la qualifica del *procurator* come *falsus* dunque rinvia all'idea dell'inganno, in quanto chi si finge rappresentante induce in errore la controparte o i terzi in merito al proprio effettivo *status* giuridico, presentandosi come titolare di una posizione e di poteri che, in verità, non ricopre⁷⁵.

La figura del *falsus procurator* come finora ricostruita pare, dunque, presupporre un preciso stato soggettivo in capo allo stesso, che, fingendo di essere procuratore e simulando la titolarità di una posizione non reale, agirà necessariamente in mala fede. Non pare, infatti, possa ricostruirsi diversamente l'atteggiamento psicologico di colui che «*se simulat procurator esse*», rispetto al quale – al pari di colui che «*se simulat creditorem esse*» – non residua spazio per la buona fede.

Evidente, dunque, risulta l'assonanza tra la figura del *falsus creditor* e quella del *falsus procurator*, entrambi accomunati sul piano oggettivo da una condotta simulatoria, che dal punto di vista soggettivo si traduce in uno stato di necessaria mala fede⁷⁶. Proprio quest'ultima assimilazione ci consente allora – una volta terminata l'esposizione delle principali posizioni dottrinali emerse in ordine al problema del *falsus procurator* – di valutare se e in che limiti il diritto romano riconoscesse effetti giuridici alla sua condotta. A riguardo, non possiamo che iniziare – non foss'altro per amor di simmetria – dal discorso lasciato aperto nel capitolo precedente, quando ci siamo occupati del pagamento effettuato al *falsus creditor*, inquadrato da Ulpiano come fattispecie di *furtum*⁷⁷.

6. Il *falsus procurator* nelle fonti romane: *simulatio*, *mala fides* e *furtum*

6.1 Il pagamento al *falsus procurator* e la responsabilità per il *furtum dei nummi*

Il primo passo sul quale occorre soffermare la nostra attenzione con riferimento alla figura del *falsus procurator* è il frammento successivo a quello già analizzato nella parte dedicata al creditore apparente.

⁷⁵ Non tutti condividono, però, la ricostruzione del *falsus procurator* come un simulatore: in particolare I. Fargnoli, *Ricerche in tema di furtum: qui sciens indebitum accipit*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 22 ss. ritiene che il fraintendimento in ordine alla qualifica reale o fittizia di *procurator* di per sé non presupporrebbe necessariamente la simulazione, potendo l'apparente veste del *falsus procurator* quale reale rappresentante essere risultante anche dalla situazione oggettivamente considerata. L'apparenza infatti (come illustrato nel capitolo 1) può anche essere oggettiva, e dunque non dipendere da una condotta attiva ingannatoria da parte del soggetto che appare titolare (pur non essendolo) della situazione giuridica, ossia nel nostro caso il *falsus procurator*.

⁷⁶ In questo senso si veda anche R. Quadrato, *s.v. Rappresentanza*, cit., p. 425, il quale ritiene che la qualificazione del *procurator* come *falsus* esprima «un'accezione negativa volta forse originariamente, o [...] a far risaltare l'atteggiamento simulatorio, il contegno di chi *simulabat se procuraorem esse*». Secondo l'Autore, peraltro, tale originaria accezione negativa sarebbe presente «ancora in età gaiana», come parrebbe emergere da Gai 4.84 (cfr. *supra*) e dal richiamo alla *bona fides* ivi contenuto.

⁷⁷ Sul *falsus creditor* e sulla responsabilità a titolo di *furtum* si rinvia al contenuto del terzo capitolo.

Se nel *principium* del brano Ulpiano affronta il caso del pagamento effettuato nelle mani di un falso creditore («*is, qui se simulat creditorem*»)⁷⁸, in quello successivo (D. 47.2.43.1) il giurista introduce la medesima questione ma rispetto ad un diverso soggetto: questa volta il destinatario passivo del pagamento non è il *falsus creditor*, ma il *falsus procurator*⁷⁹. In questo caso, però, Ulpiano – il quale a sua volta riferisce il pensiero di Nerazio⁸⁰ – prospetta due ipotesi⁸¹, distinte in base alla diversa intenzione del soggetto che consegna il denaro al *falsus procurator*. In particolare, soltanto laddove quest'ultimo effettui il pagamento con la volontà che i *nummi* giungano al creditore la soluzione sarà conforme al caso prospettato nel *principium*: dunque, solo in tal caso a carico del *falsus procurator* – analogamente a quanto previsto per il *falsus creditor* – si configurerà «*sine dubio*» un'ipotesi di *furtum*.

D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Falsus procurator furtum quidem facere videtur. Sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. [...]*

Laddove, invece, il *tradens* intenda trasferire il denaro all'accipiente (ossia proprio al *falsus procurator*), quest'ultimo secondo Nerazio non commette furto («*nullo modo eum furtum facere*») e anzi diventa legittimo proprietario del denaro.

[...] *Quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo.*

Soltanto nel primo caso (e non in quest'ultimo) l'impossessamento dei *nummi* da parte del *falsus procurator* è infatti avvenuto «*invito domino*», ossia violando la volontà del proprietario tradente, che intendeva destinare il denaro non a lui, bensì al legittimo creditore.

⁷⁸ D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): cfr. *supra*.

⁷⁹ Sulla tesi che in passato ha sostenuto una presunta non autenticità e una probabile interpolazione del brano in questione, si rinvia all'esposizione di A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 143, il quale rileva come si trattasse in verità di dubbi formali «persuasivamente superati dall'esegesi del Medicus» (cfr. D. Medicus, *Zur Leistungsannahme durch den 'falsus procurator'*, cit., pp. 214 ss.), seguito poi dalla successiva dottrina (tra cui A. Burdese, *Sul 'procurator'*, cit., p. 326), che si è per lo più pronunciata a favore della genuinità del brano. Sul punto si veda anche J. A. C. Thomas, *A note on 'falsus procurator'*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. 2, Giappichelli, Torino 1968, pp. 407-420.

⁸⁰ Come rilevato da A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 142, in questo brano Ulpiano «riporta senza commentare» il pensiero di Nerazio: egli si pone in sostanza come un mero portavoce, limitandosi a riproporre il *responsum* reso da altri.

⁸¹ La non assolutezza della soluzione offerta rispetto al *falsus procurator*, per il quale è necessario operare un'ulteriore distinzione, è in certo modo preannunciata a livello lessicale – come rileva A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 142 – dall'utilizzo del verbo '*videtur*', che (rispetto al perentorio e quasi categorico '*facit*' utilizzato nel *principium* per l'ipotesi del *falsus creditor*) ha un valore più lieve e sfumato e, in quanto tale, sintomatico di maggiore cautela da parte del giurista che prospetta la soluzione.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

La figura del *falsus procurator* e, di nuovo, la sua responsabilità a titolo di furto compare anche nella seguente testimonianza di Pomponio, che, seppur breve, presenta elementi rilevanti ai fini della nostra analisi.

D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*): *Si iussu debitoris ab alio falsus procurator creditoris accepit, debitori iste tenetur furti et nummi debitoris erunt.*

Nel brano riportato Pomponio non pone in dubbio l'integrazione del *delictum* di *furtum* da parte del *falsus procurator*, la cui responsabilità nel caso di specie viene assunta come un dato pacifico. Per questo motivo la dottrina che si è occupata del *furtum* ha evidenziato come l'integrazione o meno di tale *delictum* non rappresenti, a ben vedere, la questione centrale del frammento; piuttosto, il nodo problematico sembrerebbe essere concentrato nelle ultime parole della frase conclusiva, con cui Pomponio introduce una questione – quella relativa alla titolarità del denaro («*nummi*») – che «pare emergere sempre più nitidamente quale una costante nei testi in materia di falso procuratore»⁸².

Il nostro breve passo peraltro, oltre a non porre in discussione la sussistenza del *furtum*, non si interroga neppure in merito allo stato psicologico e soggettivo del *falsus procurator*, la cui condotta non viene descritta. Il giurista non offre insomma dati precisi né in ordine all'elemento oggettivo dell'illecito, né in merito allo stato soggettivo del suo autore. Entrambi possono soltanto essere ipotizzati sulla base dell'affermazione relativa alla responsabilità per furto, che fa presumere che sia stata posta in essere, in mala fede, una condotta *lato sensu* fraudolenta.

In merito a quest'ultimo aspetto, se parte della dottrina ha ritenuto di poter ravvisare nel brano di Pomponio una conferma circa la definizione del *falsus procurator* come '*simulator*'⁸³, altri hanno evidenziato come in verità il testo non contenga alcun riferimento, né esplicito né implicito, ad una condotta simulatoria. Lo stato di malafede, comprovato dall'addebito a titolo di *furtum*, non necessariamente presuppone che sia stato ingannato o raggirato il debitore che ha effettuato il pagamento⁸⁴.

⁸² Cfr. I. Fagnoli, *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 74, la quale a conferma del proprio assunto cita ulteriori fonti dalle quali emerge, in modo non dissimile, la medesima questione.

⁸³ In questo senso si sono espressi sia P. Angelini, *Il procurator*, cit., p. 233 sia G. Donatuti, *Studi sul procurator*, 2. *Verus et falsus procurator*, cit., p. 138. Gli Autori hanno ritenuto di poter rinvenire nel brano in questione una prova circa la configurazione del *falsus procurator* come ingannatore e simulatore, facendo riferimento rispettivamente il primo alla '*Durchganstheorie*' (per la quale si rinvia all'ottima spiegazione e alla copiosa bibliografia offerta da I. Fagnoli, *Ricerche in tema di furtum*, p. 77, nota 66) e il secondo all'*animus possidendi* che connota l'impossessamento e la *contractatio*, quali elementi del delitto di furto, addebitato da Pomponio al *falsus procurator*.

⁸⁴ Questa è l'opinione recentemente fatta propria da A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., pp. 155 ss., il quale rileva come nel brano non vi sia «alcun indizio che faccia pensare ad inganni o raggiri perpetrati dal falso procuratore ai danni del tradente» e che dunque «nessun elemento emerge in maniera tale da far pensare ad un atto simulatorio, inteso in senso ristretto come artificio o raggirio, elementi che non appaiono necessari nemmeno dal punto di vista del delitto di furto, per il quale riveste importanza lo stato soggettivo di consapevolezza del *falsus procurator*». In questo senso, l'Autore si colloca nella linea di pensiero di quella parte della dottrina che prima di lui aveva già obiettato che, se «la condanna per furto, cui allude il brano, testimonia lo stato di mala fede del *falsus procurator*, il quale era consapevole di non possedere legittimazione a ricevere il pagamento», tuttavia «lo stato soggettivo doloso non impli-

In questo senso, se Pomponio pare concordare con Ulpiano nel rappresentare il *falsus procurator* come un soggetto che agisce in mala fede, egli tuttavia non lo segue quanto alla qualifica in veste di ‘*simulator*’.

6.2 Il *falsus procurator* ‘sopravvenuto’: ‘*primum mandatum, deinde vetitum*’

Un’ulteriore ipotesi in cui viene prospettato un addebito a titolo di *furtum* nei confronti del *falsus procurator* e dove – a differenza del brano di Pomponio appena analizzato – compare espressamente il riferimento alla simulazione del titolo, è quella prospettata da Ulpiano nel frammento D. 46.3.18. In quest’ultimo caso, però, la falsità della procura deriva da un vizio non ‘originario’, ma potremmo dire ‘sopravvenuto’. Nel caso di specie, infatti, la mancata legittimazione ad agire del procuratore non discende dall’assenza *ab origine* dell’autorizzazione del *dominus*, bensì dalla sua revoca intervenuta successivamente al conferimento.

D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*): [...] *nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur.*

In questa seconda parte del brano Ulpiano prende in considerazione una diversa fattispecie, comparandola a quella poco prima citata. Questa volta il giurista riferisce il caso in cui un debitore abbia eseguito il pagamento in favore di un soggetto che in origine era effettivamente *procurator* del creditore. Tuttavia, al momento del pagamento l’*accipiens* non è più tale, essendo intervenuta la revoca dell’incarico da parte del *dominus*: in sostanza, quest’ultimo ha in un primo momento conferito a tale soggetto la legittimazione a ricevere il pagamento nel suo interesse da parte del debitore, vietandogli tuttavia successivamente di procedere alla riscossione. Ulpiano si pone dunque il problema della sorte del pagamento effettuato dal debitore nelle mani dell’*ex procurator*, il quale anziché avvertire circa il proprio mutato ruolo, finge di possederlo ancora, affermandosi procuratore e simulando una qualifica attualmente non ricoperta.

Quest’ultimo caso segue, nella descrizione di Ulpiano, quello riportato nella parte immediatamente precedente del passo, in cui il giurista prospettava l’adempimento effettuato nelle mani del servo manomesso: in quel caso il pagamento avrebbe avuto efficacia liberatoria per il debitore, qualora questi non fosse stato a conoscenza dell’intervenuta liberazione⁸⁵. I due esempi sono posti in parallelo da

ca l’aver posto in essere un inganno, un artificio o un raggirò ai danni del tradente», dal momento che si tratterebbe di «elementi tutti non necessari, bastando lo stato di apparenza tale da far credere al delegato di pagare nelle mani del *verus procurator*».

⁸⁵ Nella prima parte del frammento D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) sono riportati i seguenti casi, entrambi riferiti ad ipotesi di pagamento allo schiavo manomesso, pur per diverse cause («*ex contractu domini*» nel primo, «*ex causa peculiari*» nel secondo): «*Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidem ex contractu domini, sufficet, quod ignoraverit manumissum: quod si ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit*». In entrambi i casi la soluzione è la medesima: il debitore sarà liberato se ignorava l’avvenuta manomissione dello schiavo e quest’ultimo, se avrà agito «*intervertendi causa*», sarà responsabile per *furtum*: «*Utroque autem casu manumissus si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit [...]*».

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Ulpiano, dal momento che entrambi fanno riferimento a comportamenti posti in essere in virtù di un titolo non più attuale: nell'un caso in conseguenza della manomissione, nell'altro a seguito della revoca del potere rappresentativo.

Una fattispecie simile a quella appena descritta emerge da altri due brani, rispettivamente attribuiti a Giuliano e ad Africano. Anche qui i giuristi riportano casi aventi ad oggetto un negozio che vede come parte un soggetto che, a fronte di un'originaria autorizzazione ad agire rilasciata dal *dominus*, ha visto successivamente intervenire un divieto da parte del medesimo, con conseguente revoca dell'incarico; con la differenza, però, che nel caso esposto da Ulpiano vi è un espresso riferimento alla qualifica di '*procurator*', la quale invece non è menzionata nel contesto, pur analogo, riferito da Africano.

D. 46.3.34.3 (Iul. 54 *digest.*): *Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.*

Del tutto simile al caso appena citato risulta la fattispecie descritta da Africano, che presenta – anche a livello grammaticale e di costruzione sintattica («*si praeposuero [...] deinde vetuero*», «*si iusserim [...] deinde vetuerim*») – una struttura affine a quella utilizzata da Giuliano.

D. 46.3.38.1 (Afr. 7 *quaest.*): *Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. Alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori [...].*

Anche in questo caso siamo in presenza di un soggetto che è originariamente stato preposto alla gestione degli affari del *dominus* – «*Titium omnibus negotiis meis praeposuero*» (Giuliano) «*debitorem meum iusserim Titio solvere*» (Africano) – il quale ha in un secondo momento revocato l'incarico – «*deinde vetuero eum [...] administrare negotia mea*» (Giuliano) «*deinde Titium vetuerim accipere*» (Africano) – vietando allo stesso di proseguire la gestione, ma senza comunicare tale decisione ai propri debitori, lasciati così all'oscuro dell'intervenuto mutamento (come dimostra l'identica espressione utilizzata dai due giuristi, pur declinata da Giuliano al plurale e da Africano al singolare: «*ignorantibus debitoribus*» e «*debitor ignorans*»).

Analogo, dunque, il problema giuridico che anima i brani citati e che attiene evidentemente alla 'attualità' – o, come in questo caso, alla 'non attualità' – del titolo legittimante. Si tratta, infatti, di capire se e in che modo incida sull'efficacia dell'atto il fatto che questo sia stato compiuto verso un soggetto che, pur ricoprendo originariamente la qualifica richiesta per il suo compimento, l'abbia successivamente perduta. Nel caso prospettato da Giuliano, peraltro, il procuratore è soggetto passivo e non attivo del pagamento: l'incarico ricevuto e poi venuto meno non è infatti quello di effettuare il pagamento, bensì di riceverlo; dunque, il ruolo ricoperto dal *procurator* non è quello attivo di 'autore' del pagamento (*dans*), ma quello passivo di 'destinatario' di tale adempimento (*accipiens*). Il caso riportato attiene, pertanto,

ad un'ipotesi di delegazione di pagamento, in cui il *procurator* riveste – o meglio rivestiva – la posizione di delegatario.

In questi ultimi due casi, analogamente al precedente descritto da Ulpiano, il nodo della questione è rappresentato dal venir meno del titolo legittimante in capo al soggetto – 'originariamente' ma non più 'attualmente' – *procurator*, il quale ha, nonostante la perdita del titolo, comunque agito in tale veste. Così come comune ai tre passi è lo stato di buona fede dei debitori che hanno eseguito il pagamento, che risulta dalla sottolineatura – da parte sia di Ulpiano e Africano («*ignorans debitor*») sia di Giuliano («*ignorantibus debitoribus*») – della loro ignoranza in merito alla perdita da parte del *procurator* di tale titolo, da cui si ricava dunque la ragionevole convinzione di adempiere nei confronti del soggetto legittimato a ricevere. Ciò naturalmente è funzionale alla finalità che i giuristi si propongono nell'analizzare la questione, che risiede nell'individuazione della sorte del pagamento effettuato dai debitori in simili circostanze.

Poste tali congruenze, però, mentre nel passo precedentemente analizzato Ulpiano qualifica espressamente la condotta dell'ex procuratore Tizio come simulatoria («*Titio simulanti se procuratorem*») – esplicitando, altresì, in capo al suo autore la sussistenza di una responsabilità per il *delictum* di *furtum* – tale riferimento alla simulazione non è, invece, contenuto nei due frammenti da ultimo citati, in cui né Giuliano né Africano descrivono il procuratore come un '*simulator*', e tanto meno lo qualificano con l'aggettivo '*falsus*'; anzi, come accennato, riferendosi a tale soggetto Africano non utilizza espressamente neppure il vocabolo '*procurator*'.

Tra i tre passi analizzati si evidenzia, dunque, una relazione paragonabile ad una sorta di *climax*: una gradazione che, con andamento crescente, esplicita progressivamente la figura del procuratore fittizio, integrandola attraverso successive specificazioni. In particolare, sul livello più basso si colloca la descrizione di Africano, che in modo generico e anonimo riporta la fattispecie che torna con connotati pressoché identici nei successivi passi, i quali della stessa offrono però una maggiore caratterizzazione. Proseguendo nella nostra scala immaginaria, al gradino superiore troviamo D. 46.3.34.3, in cui Giuliano presenta la questione attinente al *procurator*, senza tuttavia qualificarlo né in termini di simulazione, né in termini di falsità. Dopodiché, in D. 46.3.18 compare il riferimento alla simulazione, che nella descrizione di Ulpiano connota la condotta del procuratore Tizio, il quale tuttavia non viene mai definito '*falsus*'; aggettivo, quest'ultimo, che viene esplicitato soltanto da Pomponio in D. 47.2.44 pr.

Tuttavia, tale circostanza può forse trovare una spiegazione, almeno rispetto al brano di Ulpiano, alla luce di un'interpretazione sistematica, che osservi i brani non *uti singuli*, bensì all'interno del rispettivo contesto di riferimento. Infatti, ampliando la visuale emerge che il passo ulpiano è stato collocato nel Digesto subito dopo una serie di frammenti – su cui abbiamo già avuto modo di soffermarci – che sia della simulazione sia del *falsus procurator* fanno esplicita menzione. Ciò posto, allora, non è forse inverosimile ritenere che il caso riportato da Ulpiano (che abbiamo appena richiamato) e inserito dai compilatori nel frammento 18 costituisca, rispetto a quelli immediatamente precedenti, una sorta di esemplificazione. Se così fosse, non dovrebbe meravigliare troppo la mancanza, nel frammento che funge da *exemplum*,

del riferimento al *falsus procurator*, non strettamente necessario in quanto già oggettivato nel quadro generale descritto attraverso i precedenti brani.

Per quanto concerne, invece, i passi di Giuliano e di Africano non può essere adottata una motivazione analoga a quella appena prospettata, pur ricorrendo in entrambi i casi fattispecie non dissimili da quella ulpiana. Si tratta, infatti, sempre di ipotesi in cui un debitore esegue in buona fede il pagamento nei confronti di un soggetto che non è, però, ormai più legittimato a riceverlo. La spiegazione in questi casi potrebbe, forse, collocarsi su un altro piano, discendente dal diverso peso attribuito alla condotta del *procurator*. Infatti, pur avendo i brani ad oggetto l'analoga questione relativa alla sorte del pagamento effettuato dai creditori al soggetto non più procuratore, tuttavia il comportamento di quest'ultimo viene riportato in maniera differente. Mentre in Ulpiano l'ex procuratore finge di essere ancora tale, inducendo così in errore i creditori che in buona fede pagano a lui, negli altri casi non si fa cenno ad una condotta parimenti ingannatoria del *procurator* 'dismesso'. In altre parole, mentre nel primo episodio l'errore dei debitori è indotto dalla finzione creata dal procuratore 'fasullo', negli altri due è piuttosto frutto della negligenza del *dominus*, che ha omesso la relativa comunicazione. L'atteggiamento soggettivo determinante in questa fattispecie non è (come nel caso descritto da Ulpiano) quello dell'ex *procurator*, che con dolo o comunque in mala fede abbia simulato una legittimazione in realtà assente, ma piuttosto quello del *dominus*, che negligenzemente (e dunque con colpa) ha omesso di informare i propri creditori circa l'avvenuta revoca dell'incarico rappresentativo. Per questo motivo probabilmente nei brani di Giuliano e di Africano non compare il riferimento alla simulazione e, di conseguenza, il procuratore non viene descritto come un *simulator*. Tale spiegazione, peraltro, troverebbe ulteriore conferma attraverso il brano di Africano, il quale fa discendere la liberazione dal fatto che Tizio abbia ricevuto il pagamento senza fine di lucro e soprattutto senza volere danneggiare i debitori («*si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur*»): egli, in sostanza, non deve – per utilizzare un'espressione propria del nostro legislatore – aver agito per conseguire «un ingiusto profitto con altrui danno»⁸⁶. Africano aggancia quindi l'effetto liberatorio alla '*mens*', ossia allo stato soggettivo-psicologico dell'ex *procurator* (pur non espressamente qualificato in questi termini), che in ultima analisi deve risolversi nella *bona fides*: buona fede che, qualora assente, potrà determinare una responsabilità dello stesso a titolo di *furtum* («*alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus*»).

Se quanto appena ipotizzato sulla base dei frammenti analizzati risulta vero, può allora prospettarsi un'ulteriore conseguenza. Il fatto che il termine *falsus procurator* compaia soltanto quando sia presente anche il riferimento alla simulazione e, vice-

⁸⁶ La dizione «ingiusto profitto con altrui danno», per la verità, è utilizzata dal nostro codice penale non con riferimento al furto, ma rispetto ad altre fattispecie di reati contro il patrimonio, tra cui l'estorsione (art. 629 c.p.) e la truffa (art. 640 c.p.). In entrambi i casi, però, il «procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno» costituisce un elemento della fattispecie oggettiva e non rappresenta lo scopo in vista del quale il colpevole si determina al comportamento criminoso. Infatti, l'elemento psicologico che connota questi reati è il dolo generico. Diversa è l'ipotesi del furto, per il quale il legislatore richiede invece il dolo specifico – ossia un movente tipizzato, indicativo di un particolare disvalore del fatto – descritto attraverso le parole «al fine di trarne profitto per sé o per altri» (cfr. art. 624 c.p.).

versa, che dello stesso non si faccia menzione laddove non sia posto in essere alcun comportamento simulatorio, significa forse che tra i due concetti sussiste un legame, nel senso che può parlarsi di *falsus procurator* soltanto rispetto a chi abbia falsamente manifestato una qualifica in realtà assente. Se così fosse, risulterebbe confermato l'assunto di partenza e, più in generale, sarebbe avvalorata la tesi dottrinale che attribuisce al sintagma '*falsus procurator*' un suo significato proprio, correlato appunto a quello di '*simulator*'.

6.3 Un diverso tipo di '*simulator*': il *falsus procurator* e l'*usurpatio* dell'altrui identità

Rispetto a quanto finora osservato, è opportuno aggiungere che l'utilizzo del concetto di 'simulazione' per spiegare l'espressione *falsus procurator* ricorre nelle fonti romane non soltanto per l'ipotesi (appena descritta) in cui il soggetto simuli di essere *procurator* – nel senso che finga di possedere tale qualifica – ma anche per la diversa situazione in cui lo stesso assuma falsamente le vesti del reale procuratore, spendendone l'identità e il nome. Quest'ultima ipotesi, per la verità, compare in una testimonianza isolata di Papiniano, che, pur utilizzando a sua volta il «sintagma *falsus procurator* nell'accezione di un soggetto simulatore»⁸⁷, contempla una fattispecie diversa, che descrive piuttosto un caso di usurpazione d'identità⁸⁸.

D. 47.2.81(80).6 (Papin. 12 *quaest.*): *Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto debitorem alienum circumvenerit*⁸⁹. [...] ⁹⁰

⁸⁷ Cfr. A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., pp. 184 ss., che all'analisi del frammento citato dedica un intero paragrafo (cap. 3, par. 6).

⁸⁸ A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 185 rileva che Papiniano in questo passo non descrive il «caso peculiare di colui che assume l'identità di un'altra persona che esiste». Per questo motivo l'Autore conclude rilevando come di fatto la condotta materiale in questo caso integri gli estremi di quella che noi «oggi definiremmo una truffa» (descritta dall'art. 640 del nostro codice penale come il comportamento di «chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno»); o forse, potremmo aggiungere, anche un caso di sostituzione di persona ex art. 494 c.p. («Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici, è punito, se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica, con la reclusione fino ad un anno»).

⁸⁹ Il verbo '*circumvenerit*' con cui si chiude la prima parte del passo papiniano è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina, la quale ha sollevato dubbi in merito alla sua genuinità. Sul punto si rinvia all'esame di A. Milazzo, *Falsus procurator*, cit., p. 187, il quale a sua volta riporta una tesi dottrinale che aveva in passato ipotizzato, sulla base di un confronto con un altro brano del Digesto (D. 13.1.18, *supra* citato) e il relativo scolio di Stefano, un'avvenuta sostituzione del verbo '*circumvenerit*' al presunto originario '*convenerit*'. Al di là di tale sospetto, le principali questioni esegetiche si sono tuttavia concentrate sulla seconda parte del brano, che però in questa sede non è possibile approfondire.

⁹⁰ Il brano D. 47.2.81(80).6 prosegue poi con l'esposizione di un'ulteriore fattispecie, sempre concernente un caso di usurpazione dell'identità altrui, ma relativa questa volta non ad un rappresentante, bensì ad un creditore: «*Quod aequè probatur et in eo, qui sibi deberi pecuniam ut heredi Sempronii creditoris adseveravit, cum esset alius*». Il secondo caso riportato da Papiniano descrive dunque l'ipotesi di chi si faccia consegnare del denaro, spacciandosi per l'erede del creditore (che nel brano è nominato Sempro-

Come risulta dal brano, la condotta posta in essere dal simulatore nella vicenda prospettata da Papiniano è diversa da quella descritta da Ulpiano nel passo precedente. Quest'ultimo fa infatti riferimento al caso – che ancora oggi noi qualificiamo come *falsus procurator* – di chi si presenti al terzo come un rappresentante del *dominus*, senza aver ricevuto alcun incarico e senza che rilevi se tale incarico sia stato o meno conferito ad altri. Nel brano papiniano, invece, il simulatore non finge semplicemente di possedere un titolo inesistente, ma addirittura si spaccia per un'altra persona: nel primo caso finge la qualifica, ma non mente sulla propria identità; nel secondo invece si presenta falsamente sotto il nome di altri («*nomine quoque veri procuratoris*») e, di conseguenza, ne assume fittiziamente la posizione. Da ciò si ricava evidentemente la profonda differenza: da una parte la falsità del *procurator* riguarda il possesso del titolo che legittima la spendita del potere rappresentativo; dall'altra la falsità (e, quindi, la simulazione) attiene, più radicalmente, all'identità della persona. Nel primo caso la simulazione ha ad oggetto una procura inesistente, e dunque *falsa*, nel secondo concerne l'identità di un procuratore realmente esistente, e quindi *verus* («*veri procuratoris, quem creditor habuit*»).

7. Osservazioni conclusive in tema di *falsus procurator* e rappresentante apparente: il 'ritorno' della mala fede

Conclusa questa ricognizione, mediante la quale abbiamo cercato di individuare i principali ambiti in cui ricorre il termine *falsus procurator*, è possibile forse trarre qualche conclusione in ordine al suo significato.

Dall'analisi congiunta dei principali orientamenti dottrinali, da un lato, e delle informazioni tramandate dalla voce dei giuristi latini, dall'altro, risulta come la vicenda del *falsus procurator* nel diritto romano non abbia seguito un andamento lineare. Se molti sono i passi che attestano come in età giustiniana *falsus procurator* fosse ormai considerato esclusivamente il rappresentante 'non mandatario', altre testimonianze suggeriscono però che in origine tale espressione doveva probabilmente avere un significato ulteriore, a sé stante e slegato rispetto al mandato. Pur concordando dunque con la dottrina che ormai in via maggioritaria ripudia la tesi interpolazionista, non riteniamo tuttavia di poter accogliere in termini assoluti neppure quella che individua nel *falsus procurator* necessariamente l'autore di una simulazione.

Com'è emerso dall'esame dei passi selezionati, non sempre l'espressione *falsus procurator* pare utilizzata dai giuristi romani come sinonimo di 'simulatore'. Se certamente spesso la simulazione ricorre quale elemento costitutivo della fattispecie – come dimostrano le parole di Ulpiano e di Papiniano – non sempre tuttavia il comportamento del *falsus procurator* viene descritto in termini di 'artificio e raggiro'. Né possiamo condividere la posizione di quanti hanno reputato di poter considerare

nio). In entrambi i casi il giurista qualifica le fattispecie in termini di *furtum*, essendosi i soggetti simulatori appropriati illegittimamente del denaro di altri; a ben vedere, nelle stesse paiono rinvenibili gli estremi di una truffa, avendo i due simulatori posto in essere artifici e raggiri al fine di dissimulare la realtà e conseguire, così, un ingiusto profitto.

tali condotte, *lato sensu* fraudolente, implicite nel riferimento all'addebito a titolo di *furtum*: se quest'ultimo è senza dubbio sintomatico di un contegno contrario a buona fede, non necessariamente implica però una condotta raggirante, che in ragione della sua gravità avrebbe presumibilmente dovuto essere oggetto di specifica menzione⁹¹.

Se dunque la simulazione non compare come elemento costante nelle fattispecie relative al *falsus procurator*, quello che invece pare sempre essere presente è uno stato soggettivo di *mala fides*. L'aspetto che accomuna tutti questi casi è l'aver agito in mala fede, ledendo consapevolmente un diritto altrui: ciò avviene sia laddove il soggetto non abbia palesato l'assenza del titolo di legittimo rappresentante, tacendo così l'assenza del mandato; sia, *a fortiori*, quando abbia posto in essere un raggio, fingendo di possedere una qualifica che in verità non ha (o, addirittura, presentandosi sotto il nome di altra persona e così 'usurpandone' l'identità).

Alla luce di quanto osservato, pare allora doversi concludere che l'elemento che contraddistingue il *falsus procurator* non è tanto la simulazione, quanto la *mala fides*. Mala fede che sembrava essere scomparsa nelle testimonianze bizantine interpolate, dove *falsus procurator* è il 'non mandatario', e che invece riemerge con vigore nel nostro diritto, dove ai fini della configurazione della responsabilità del *falsus procurator* è richiesta non semplicemente una situazione di apparenza oggettiva, – come avviene invece nei casi dell'erede apparente e del creditore apparente, che configurano ipotesi di apparenza 'pura' – ma anche una condotta quantomeno colposa del 'finto' rappresentante. Nel nostro ordinamento la rappresentanza apparente (*sub specie* di 'falsa procura') è infatti configurata dalla giurisprudenza in termini di apparenza 'colposa' e richiede, dunque, un *quid pluris* rispetto al semplice stato di obiettiva apparenza; tale elemento ulteriore è rappresentato dallo stato soggettivo, ossia appunto dalla mala fede: mala fede che, un tempo sopita, sembra essere oggi tornata al centro della definizione di *falsus procurator*.

In conclusione, l'immagine che viene offerta del *falsus procurator* pare espressa in termini 'negativi'. In questo caso però l'aggettivo 'negativo' non è utilizzato nel medesimo senso che abbiamo attribuito alla teoria interpolazionista, dove aveva un significato privativo, di 'negazione' della presenza del mandato (senza tuttavia alcun riferimento allo stato soggettivo del *procurator*, rispetto al quale manteneva valore neutro). Piuttosto qui la 'negatività' esprime un giudizio di disvalore nei confronti della condotta propria del *falsus procurator*; ciò è confermato dalla risposta che l'ordinamento predispose, che è diretta a colpire il comportamento contrario a buona fede e, dunque, lesivo dell'interesse altrui.

La soluzione giuridica rispetto alla fattispecie che vede protagonista il *falsus procurator* si allinea quindi a quella prevista nel caso del *falsus creditor*: è una risposta, da un lato, sanzionatoria del comportamento del soggetto in mala fede e, dall'altro, di tutela del terzo che da tale comportamento risulta danneggiato. Ciò che emerge in entrambi i casi è un'attenzione a reprimere la violazione della *bona fides*:

⁹¹ Si potrebbe citare a riguardo il fondamentale principio – per la verità operante in tema di *interpretatio legis* – che attribuisce al silenzio normativo valore di negazione. In base al famoso brocardo, infatti, quanto non è scritto in una legge si presume che non sia stato voluto dal legislatore: «*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*».

in quest'ottica l'ordinamento giuridico, ieri come oggi, deve preoccuparsi di disciplinare anche situazioni che fuoriescono dalla fattispecie tipica. Naturalmente il regime così configurato si declina in Roma soprattutto in termini sanzionatori, ma cionondimeno lascia emergere una sensibilità rispetto ad un fenomeno – non dissimile a quello che noi qualificiamo in termini di *apparentia iuris* – che, laddove trascurato, condurrebbe ad esiti ingiusti ed iniqui: esiti che il diritto, che è «*ars boni et aequi*»⁹², non può certo consentire.

⁹² Il riferimento, a tutti noto, è alla celebre definizione celsina del diritto come 'arte del buono e del giusto', tanto famosa e tanto apprezzata non soltanto dalla dottrina moderna – come dimostrano gli innumerevoli scritti dedicati alla sua esegesi e al suo commento – ma anche dai giuristi romani. E fra questi non solo da Ulpiano, che la riporta apprezzandone l'eleganza, ma anche dagli stessi compilatori giustiniane, che scelsero infatti di riservarle un posto d'onore, collocandola in apertura dell'intero *corpus* del Digesto: D. 1.1.1 pr. (Ulp. 1 *inst.*): «*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*». Alla fortunata immagine del diritto come «*ars boni et aequi*» ha dedicato particolare attenzione Filippo Gallo, di cui ci limitiamo a citare: F. Gallo, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in *SDHI*, 54 (1988), pp. 1-36; Id., *L'eredità perduta del diritto romano. Introduzione al tema*, in *Diritto@Storia*, 6 (2007); Id., *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *Diritto@Storia*, 7 (2008); Id., *Ars boni et aequi e ius naturale*, in *SDHI*, 75 (2009), pp. 15-42; Id., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino 2010. Sul tema si vedano anche: A. Guarino, *La concezione celsina del ius*, in *Labeo*, 32/1 (1986), pp. 75-76; J. Iglesias Santos, *Ars iuris*, in *Labeo*, 25/3 (1979), pp. 259-266; J. Paricio, 'Ars iuris'. Juan Iglesias, *en el recuerdo*, in *SDHI*, 75 (2009), pp. 493-501; L. Peppe, *Riflessioni sulla nozione di 'iustitia' nella tradizione giuridica europea*, in *Ius Antiquum*, 17 (2006); S. Riccobono, *Jus est ars boni et aequi*, in *BIDR*, 7 (1949-1950), pp. 223-236; V. Scarano Ussani, *L'ars dei giuristi: considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Giappichelli, Torino 1997; M. Talamanca, *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. 26 ad ed. D. 12, 4, 3, 7*, in *BIDR*, 96-97 (1993-1994), pp. 1-82; P. Voci, *Ars boni et aequi*, in *Index*, 27 (1997), pp. 1-22.

Capitolo V

L'apparenza del diritto nelle relazioni familiari: famiglia di fatto, *matrimonium iniustum* e concubinato

SOMMARIO: 1. Le unioni di fatto come 'apparenza' di unioni matrimoniali. – 2. Matrimonio e convivenza *more uxorio* nel diritto italiano: la questione delle coppie di fatto. – 3. Il matrimonio nel diritto romano: *matrimonium* o *matrimonia*? – 3.1 Il *matrimonium* come *res facti*: fattualità e giuridicità del matrimonio romano. – 3.2 Pluralità di modelli coniugali: *matrimonium iustum*, *matrimonium iniustum*, *concubinatus*. – 4. *Matrimonium iustum* e *matrimonium iniustum*. – 4.1 Il *matrimonium iniustum* per carenza dei presupposti giuridici: i requisiti ulpiane. – 4.1.1 Il *conubium*. – 4.1.2 Il consenso. – 4.1.3 La pubertà e l'età dei nubendi. – 4.2 Il *matrimonium iniustum* per violazione dei divieti legislativi. – 5. Il concubinato: «*non omnis mulier iuncta viro uxor est viri*». – 5.1 Il concubinato nel diritto italiano. – 5.2 Il concubinato nel diritto romano. – 6. Il regime giuridico del *matrimonium* e delle diverse tipologie di unioni: gli effetti estendibili al *matrimonium iniustum* e al concubinato. – 6.1 Il regime giuridico della filiazione: *liberi naturales*, *fili legitimi iusti* e *iniusti*. – 6.2 I rapporti tra coniugi: *matrimonium* e *manus* e la possibilità della *conventio in manum* in assenza di *iustae nuptiae*. – 6.3 I rapporti patrimoniali tra coniugi: il divieto di *donatio inter virum et uxorem*. – 7. Gli effetti penali delle unioni extracongiugali: l'*accusatio adulterii* della *uxor iniusta* e della concubina. – 7.1 Il dovere di fedeltà coniugale e il reato di adulterio: la *lex Iulia de adulteriis* e il regime repressivo augusteo. – 7.2 L'adulterio della *uxor iniusta*. – 7.3 L'adulterio della concubina. – 8. Osservazioni conclusive sull'apparenza nei rapporti familiari di fatto: una relazione '*magis vera quam speciosa*'.

1. Le unioni di fatto come 'apparenza' di unioni matrimoniali

Fino ad ora abbiamo preso in considerazione l'apparenza giuridica partendo dalle diverse forme in cui essa si manifesta nel diritto moderno, per valutare se ed entro quali margini il diritto romano abbia conosciuto fenomeni analoghi. È adesso giunto il momento di spostare l'attenzione su un diverso ambito di studio che, per quanto non rientrando tecnicamente nell'alveo dell'*apparentia iuris*, a nostro modo di vedere non è da esso dissimile, condividendone in parte la struttura e l'essenza. Tale ambito è rappresentato dalle relazioni familiari diverse dal matrimonio. Queste ultime in verità non costituiscono *stricto sensu* ipotesi di apparenza giuridica, data l'assenza degli elementi costitutivi individuati dalla dottrina per la sussistenza di tale figura, quali la situazione di oggettiva apparenza, risultante in base a circostanze univoche, e (nell'apparenza 'colposa') il contributo soggettivo alla sua determinazione.

In questo caso siamo piuttosto di fronte a relazioni familiari che, pur prive dei requisiti giuridici propri dell'istituto matrimoniale, rivestono tuttavia una certa rilevanza per l'ordinamento, il quale non può pertanto disinteressarsi del fenomeno e deve, anzi, preoccuparsi di predisporre una disciplina in grado di rispondere ai principali interrogativi da esso derivanti. Peraltro, la soluzione individuata è per lo più dettata – come vedremo non solo nel contesto moderno, ma anche in quello antico – da esigenze della società civile, la quale, a fronte di situazioni che 'appaiono' simili alla fattispecie tipica, invoca la possibilità di estendere la tutela o il regime giuridico, astrattamente non applicabili.

L'ambito di riferimento, dunque, in questo caso non è tanto l'apparenza, ma più genericamente i 'rapporti di fatto'. Abbiamo però scelto di trattare congiuntamente i due argomenti, in quanto nell'uno e nell'altro caso ci troviamo di fronte a situazioni che, agli occhi di un osservatore esterno, si presentano come corrispondenti alla fattispecie giuridica configurata dalla legge. Con la fondamentale differenza che, nel caso delle varie estrinsecazioni dell'apparenza giuridica la situazione di confusione e fraintendimento potrà ingenerare un pregiudizio nei confronti dei terzi, i quali agiscono nella convinzione di trovarsi di fronte al vero erede, al vero creditore o al vero rappresentante. Pertanto, è per questi che l'ordinamento deve predisporre tutela ed è in loro favore che viene enunciata la relativa disciplina giuridica.

Nel caso delle relazioni familiari fattuali, invece, la questione si pone su di un piano diverso. Trattandosi di rapporti paraconiugali, non si vuole qui tutelare la posizione dei terzi, ma piuttosto dare voce alle rivendicazioni dei membri di tali unioni attraverso il riconoscimento di diritti e facoltà. Rispetto alla coppia, gli unici terzi i cui interessi potranno venire in rilievo saranno i figli nati da tale relazione di fatto, verso i quali l'ordinamento sia moderno sia antico ha infatti, seppur con esiti diversi, preso posizione.

Occorre, tuttavia, fin d'ora avvisare che quanto appena affermato relativamente all'irrelevanza dei rapporti familiari di fatto rispetto ai 'terzi non figli' risulta in verità corretto soltanto per il diritto moderno, in cui gli interventi (dapprima giurisprudenziali, poi legislativi) hanno cercato di offrire una risposta giuridica soddisfacente rispetto alle pressanti richieste della società civile, che ormai da lungo tempo invocava tutela per coloro che non avessero voluto¹ o potuto² contrarre un valido matrimonio secondo i crismi legali.

¹ La scelta di unirsi in un'unione coniugale, suggellandola mediante l'istituto matrimoniale, rimane pur sempre una scelta personalissima, rimessa alle intime valutazioni dei singoli, essendo dipendente dalle proprie opinioni, credenze, inclinazioni culturali, sociali e religiose. Anche nel diritto romano la volontà coniugale rappresentava, assieme alla convivenza stabile e duratura, uno dei due elementi costitutivi del matrimonio. Tale volontà, che nel contesto del *matrimonium* assumeva il nome di *affectio maritalis*, non doveva mai abbandonare la coppia, pena la dissoluzione del vincolo che su di essa si fondava. Tra i molti scritti dedicati all' *affectio maritalis* e alla volontà matrimoniale ci limitiamo a citare i fondamentali: E. Volterra, *Consensus facit nuptias. La definizione essenziale giuridica del matrimonio: atti del Colloquio romanistico-canonistico 13-16 marzo 1979*, Libreria editrice della Pontificia Università Lateranense, Roma 1980, pp. 44-56; R. Astolfi, *Definizione e libertà di matrimonio*, in *Diritto@Storia*, 15 (2017), che rappresenta il capitolo I (pp. 3-62) della parte prima della monografia Id., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2014² (ed. orig. Cedam, Padova 2006), pubblicato online su proposta dell'Autore e consenso dell'Editore.

Rispetto a tale prospettiva, invece, quella del diritto romano risulta sfasata, in quanto, come cercheremo di mettere in luce, il riconoscimento di effetti giuridici non era sancito in un'ottica di tutela dei soggetti interessati e coinvolti direttamente nella relazione di fatto (*matrimonium iniustum*³ o concubinato che fosse); piuttosto, si proiettava all'esterno, in funzione di salvaguardia dei soggetti terzi ed estranei rispetto alla coppia, attraverso meccanismi sanzionatori dei comportamenti illeciti tenuti dai membri della stessa⁴, alla quale dunque, proprio attraverso tali sanzioni, era attribuito indirettamente un qualche rilievo giuridico.

Questa inversione di prospettiva, da un lato, introduce un elemento differenziale rispetto all'analogo fenomeno così come presente nel nostro ordinamento attuale; dall'altro, viceversa, accorcia la distanza rispetto alle situazioni – di cui finora ci siamo occupati: erede apparente, creditore apparente, rappresentante apparente – espressioni del principio dell'apparenza giuridica. Questo è il motivo per cui ci pare che non sia abnorme confrontare, nel contesto giuridico di Roma antica, apparenza giuridica e relazioni paraconiugali diverse dal *matrimonium iustum*. È questa la ragione che ci ha indotto ad affiancare due fenomeni (l'apparenza da un lato e i rapporti familiari di fatto dall'altro) *prima facie* tra loro distanti⁵. Con i paragrafi che seguono si cercherà di chiarire meglio i motivi di questa scelta, esaminando le diverse ipotesi di relazioni paraconiugali diffuse nel contesto di Roma antica e valutando di volta in volta se e a quali fini alle stesse l'ordinamento riconobbe una qualche efficacia sul piano giuridico. Se, come auspichiamo, l'argomentazione confermerà

² Il riferimento è qui evidentemente alle coppie omosessuali, per le quali fino alla recente legge Cirinnà (legge 20 maggio 2016, n. 76) non era previsto un istituto simile a quello matrimoniale. Oggi tale lacuna è stata colmata, per quanto non attraverso l'estensione del matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso, bensì mediante l'introduzione della nuova figura rappresentata dalle unioni civili. Fra i numerosi contributi sulla condizione giuridica delle coppie omosessuali prima della riforma del 2016 ci limitiamo a citare: F. D'Angeli, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Cedam, Padova 2003; G. Ferrando, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Pol. del dir.*, 3 (2014), pp. 359-374; R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali: nel diritto comparato, europeo e italiano*, Giappichelli, Torino 2012. Sul tema si vedano, inoltre, i saggi contenuti nei seguenti volumi collettanei: F. Bilotta (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso: profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Mimesis, Milano 2008; R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *La 'società naturale' e i suoi 'nemici': sul paradigma eterosessuale del matrimonio (Atti del Seminario, Ferrara, 26 febbraio 2010)*, Giappichelli, Torino 2010; B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli 2011.

³ L'accostamento del *matrimonium iniustum* al concubinato e la qualificazione di entrambe come 'relazioni di fatto' potrebbe prestare il fianco a critiche. Come avremo modo di verificare, il *matrimonium iniustum* non dovrebbe essere considerato tecnicamente una 'relazione di fatto', qualifica da riservarsi esclusivamente al concubinato. Tuttavia, per il momento ci è utile considerarli congiuntamente quali relazioni distinte dal *matrimonium (iustum)*, riservandoci di approfondire più avanti i rispettivi connotati e le relative differenze.

⁴ È quanto cercheremo di dimostrare quando tratteremo dell'adulterio della *uxor iniusta*, sul quale si veda *infra*, par. 7.2.

⁵ A ben vedere, la scelta di trattare congiuntamente il tema dell'*apparentia iuris* e quello dei rapporti familiari di fatto non è forse poi così azzardata se – come accennato nelle pagine introduttive – anche l'allora Primo Presidente della Corte di Cassazione, Mariano D'Amelio, nel delineare una delle prime definizioni di 'apparenza del diritto', fra i principali casi citati come espressione del fenomeno inseriva anche «lo stato di concubinato», affermando espressamente che «non rare volte questo si presenta con l'apparenza di una unione legittima» (M. D'Amelio, *s.v. Apparenza del diritto*, cit., p. 717).

quanto sostenuto in questa premessa, quest'ultimo capitolo si coniugherà e armonizzerà con il resto dell'esposizione, chiudendo il cerchio del ragionamento finora prospettato e conferendo – confidiamo – logicità all'intero nostro lavoro.

Con questo obiettivo, inizieremo dunque il discorso introducendo – secondo il percorso adottato ai capitoli precedenti – il tema delle relazioni familiari di fatto così come disciplinato nel nostro ordinamento, attraverso una breve analisi dello *status quo* anteriore e successivo ai recenti interventi normativi. L'analisi, come sempre, sarà breve e funzionale unicamente a dare conto del quadro giuridico vigente attualmente, per cogliere gli elementi di continuità ma, ancor più, quelli di frattura rispetto al sistema proprio del diritto romano. Dopodiché l'attenzione si sposterà sul passato e prenderà in considerazione le diverse relazioni familiari che l'esperienza di Roma antica conobbe. Saranno, così, individuate e analizzate le varie figure di rapporti extraconiugali, in particolare il *matrimonium iniustum* e il concubinato, i quali saranno letti in rapporto all'unica vera forma di relazione di coppia, rappresentata dal *iustum matrimonium*, di cui sarà necessario offrire una sintetica ricostruzione, come preludio all'analisi delle altre figure. Tali descrizioni saranno naturalmente funzionali rispetto all'individuazione dei margini di efficacia giuridica riconosciuti alle citate relazioni paraconiugali e alla comprensione della loro effettiva portata; pertanto, anche lo spazio e l'approfondimento loro dedicato sarà parametrato a tale obiettivo⁶.

Prima di addentrarci nell'analisi dei rapporti familiari extramatrimoniali contemplati dall'esperienza giuridica romana, è però opportuno offrire – anche in questo caso seguendo l'impostazione accolta nei precedenti capitoli – un breve inquadramento della disciplina giuridica delle coppie di fatto e delle relazioni *more uxorio* nell'ordinamento italiano.

2. Matrimonio e convivenza *more uxorio* nel diritto italiano: la questione delle coppie di fatto

Come la famiglia legittima (o 'di diritto') ha subito dall'entrata in vigore del codice civile ad oggi importanti modifiche, a seguito di successivi interventi normativi che ne hanno profondamente mutato la conformazione⁷, così anche la famiglia natu-

⁶ Questa precisazione è intellettualmente doverosa, in quanto gli istituti dei quali si cercherà di offrire un sintetico inquadramento – *matrimonium iustum*, *matrimonium iniustum* e concubinato – costituiscono oggetto di studio sconfinato ed inesauribile, potendo prestarsi ciascuno ad un'analisi monografica, come attestano gli innumerevoli studi che da un secolo a questa parte sono stati ad essi dedicati da autori di tutte le epoche e di tutte le nazionalità, ai quali cercheremo di volta in volta di fare riferimento e di rinviare per i necessari approfondimenti.

⁷ Il processo evolutivo che a partire dagli anni Settanta ha contraddistinto il diritto familiare italiano ha preso avvio con la legge del 1° dicembre 1970 n. 898, con la quale è stato introdotto il divorzio, confermato dal referendum del 12 maggio 1974. Ad essa è seguita, poco dopo, la complessiva riforma del diritto di famiglia, attuata con la legge 19 maggio 1975 n. 151, che ha cancellato la 'patria potestà' del marito, sostituendola con la 'potestà genitoriale' condivisa da entrambi i coniugi; peraltro, quest'ultima si è recentemente evoluta in 'responsabilità genitoriale' a seguito della recente riforma del 2013 (attuata dal decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 154, emanato in attuazione della legge delega 10 dicembre

rale (o ‘di fatto’)⁸ non è stata estranea a tale processo evolutivo⁹. In questo secondo caso, però, l’impulso verso il cambiamento non è provenuto dal legislatore, il quale

2012 n. 219), che ha inoltre cancellato dal codice ogni riferimento alla distinzione tra figli naturali e legittimi, sostituendo i relativi aggettivi con le dizioni nati ‘all’interno’ e ‘fuori’ del matrimonio, consacrando così definitivamente l’unitarietà dello *status filiationis*. Al tema è dedicata la monografia di R. Picaro, *Stato unico della filiazione: un problema ancora aperto*, Giappichelli, Torino 2013. Sul provvedimento, che ha cancellato la distinzione riconosciuta nel diritto romano tra figli legittimi e figli naturali, si veda inoltre il contributo di V. Carro, *Figli legittimi e figli naturali: riflessioni sulla fine di una storica distinzione*, in *Studi in onore di Felix Wubbe (In honorem Felicis Wubbe antecessoris nonagenari, Fribourg 8 février 2013)*, pp. 39-44, <<http://europeanlegalroots.weebly.com>>.

⁸ Le espressioni famiglia ‘legittima’ o ‘di diritto’ e famiglia ‘naturale’ o ‘di fatto’ sono da sempre radicate nel gergo civilistico. Si riportano le definizioni di A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1218: «la famiglia legittima è quella fondata sul matrimonio (secondo la formula ribadita dalla stessa Carta costituzionale, art. 29 comma 1 e art. 30 comma 3). Essa si costituisce per effetto del compimento di uno specifico atto regolato dalla legge (il matrimonio appunto), produttivo di una serie di effetti legali. Per famiglia di fatto si intende quella costituita da persone che, pur non essendo legate tra loro dal vincolo matrimoniale, convivono come se fossero coniugati (*more uxorio*), insieme agli eventuali figli nati dalla loro unione». Si riporta anche la definizione di M. Dogliotti, *s.v. Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Utet, Torino 1992, pp. 188 ss.: «Per famiglia di fatto deve intendersi una convivenza stabile e duratura, con o senza figli, tra un uomo ed una donna, che si comportano come se fossero marito e moglie». Sul tema della famiglia di fatto si vedano, inoltre: S. Asprea, *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 2009; R. Amagliani, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino 2005; L. Balestra, *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova 2004; F. Brunetta d’Usseaux e A. D’Angelo (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Giuffrè, Milano 2000; F. Brunetta d’Usseaux (a cura di), *Il diritto di famiglia nell’Unione Europea: formazione, vita e crisi della coppia*, Cedam, Padova 2005; F. D. Busnelli e C. S. Bruch, *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, ESI, Napoli 1988; F. D’Angeli, *Profili della famiglia di fatto: la fattispecie*, in *Rass. dir. civ.*, 9/1 (1988), pp. 225-295; Id., *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 1989; E. Falletti, *Famiglia di fatto e convivenze*, Cedam, Padova 2009; G. De Luca, *La famiglia non coniugale: gli orientamenti della giurisprudenza*, Cedam, Padova 1996; G. Ferrando, *Le unioni di fatto tra disciplina per legge e autonomia privata*, in *QDPE*, 1 (2002), pp. 165-196; Id., *Autonomia privata e rapporti familiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 57/2 (2003), pp. 651-665; F. Franceschelli, *Famiglia, convivenza, famiglia di fatto*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, vol. 2, Universitas Studiorum, Mantova 2017, pp. 25-32; F. Gazzoni, *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 31/2 (1981), pp. 260-269; Id., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 1983; V. Marano, *Le unioni non matrimoniali: problemi e prospettive di disciplina normativa*, in *QDPE*, 1 (2002), pp. 197-226; B. Mioli, *La famiglia di fatto: aspetti patrimoniali, successori, fiscali, penali, la filiazione naturale, richiami giurisprudenziali, lo stato della legislazione*, Maggioli, Rimini 1996; G. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 1991; A. Pellarini, *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 2003; P. Perlingieri, *La famiglia senza matrimonio tra l’irrelevanza giuridica e l’equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 9/2 (1988), pp. 601-617; V. Pocar e P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari 1998; D. Riccio, *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova 2007; V. Roppo e V. M. Benedetti, *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur. Treccani (postilla di aggiornamento)*, vol. 35, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1999, pp. 1-4; A. Trabucchi, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1 (1988), pp. 19-42; G. Viarengo (a cura di), *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali, Atti dell’incontro italo-tedesco. Imperia, 27-28 novembre 2015*, Giappichelli, Torino 2017.

⁹ Sul tema della famiglia legittima e naturale e sulla nuova regolamentazione giuridica delle unioni civili e delle convivenze di fatto si vedano: G. Bonilini, *La famiglia* (vol. 1.2), in N. Lipari e P. Rescigno, *Diritto civile*, vol. 1, *Fonti, soggetti, famiglia*, Giuffrè, Milano 2009 (in particolare, la parte V, relativa alla famiglia non fondata sul matrimonio); C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 2, *La famiglia, le successioni*, Giuffrè, Milano 2001³, pp. 25 ss. (sulla famiglia di fatto) e pp. 32 ss. (sulla regolamentazione contrattuale della convivenza); F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. 1, *Le categorie generali, le persone, la proprietà, la famiglia, le successioni, la tutela dei diritti*, Cedam, Padova 2010² (in particolare parte 4, cap. 1, par. 141, pp. 547 ss., relativa alla famiglia di fatto); F. Alcaro, *Diritto Privato*, cit., pp. 650 ss.

anzi – un po' per la ritrosia di parte del parlamento ad accogliere il cambiamento, un po' per l'oggettiva difficoltà di rispondere in maniera efficace e tempestiva alle mutate esigenze del tempo – ha limitato o quantomeno rallentato tale processo. La principale spinta verso la progressiva trasformazione dell'istituto familiare è, piuttosto, stata determinata dalla coscienza sociale ed è stata poi fatta propria, stante l'indiscussa rilevanza giuridica del fenomeno, dagli interpreti del diritto. Infatti, come sempre avviene quando ci si trova di fronte a fattispecie che si collocano *in limine iuris*, anche sul tema delle coppie di fatto si è posto il problema del loro trattamento. Tale dibattito, che ha in breve tempo pervaso l'opinione pubblica coinvolgendo ogni parte della società, ha inevitabilmente travalicato i confini strettamente giuridici e si è trasformato in una questione politico-culturale, che ha visto contrapporsi due diversi schieramenti. Da un lato, i sostenitori del modello tradizionale, i quali ritenevano che tali unioni, non integrando gli estremi dell'istituto familiare giuridicamente riconosciuto, non potessero esigere l'applicazione della relativa disciplina; dall'altro, coloro che, immaginando una famiglia dai confini meno rigidi, sostenevano che il diritto, piuttosto che limitarsi a respingere la diversità in quanto non conforme ai parametri legali, dovesse essere in grado di accoglierla e predisporre i giusti strumenti per disciplinarla e tutelarla dal punto di vista giuridico.

Queste suggestioni hanno col tempo assunto una risonanza sempre più ampia e, se inizialmente erano confinate all'interno del dibattito dottrinale, sono state poi recepite dalla giurisprudenza – non solo nazionale, ma anche europea ed internazionale¹⁰ – che già prima della definitiva presa di posizione del legislatore, intervenuto

(sulla famiglia di fatto); G. Alpa, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 754 ss. (sulla famiglia di fatto); F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 316 ss. (sulla famiglia di fatto), nonché pp. 414 ss., 433 ss. (sulla filiazione); P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 1010 ss., 1021 ss., 1033 ss., 1057 ss. (sulle unioni civili e convivenza di fatto), nonché pp. 1072 ss. e 1082 ss. (sul riconoscimento del rapporto di filiazione); V. Roppo, *Diritto Privato*, cit., pp. 873 ss. (sulle unioni civili omosessuali e convivenze di fatto); A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 1218 ss. (sulla famiglia legittima e famiglia di fatto); A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 507 ss. (sulle unioni civili e convivenze di fatto); P. Zatti, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 1319 ss. (sulla famiglia di fatto), nonché pp. 1301 ss. (sulla filiazione). Sul tema della filiazione nella mutata realtà del diritto di famiglia si veda inoltre la recente monografia di A. Gorgoni, *La filiazione*, Giappichelli, Torino 2018, nonché il precedente Id., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2017. Sempre sulla riforma della filiazione, si ricordano inoltre: M. Dogliotti, *La filiazione fuori dal matrimonio*, Giuffrè, Milano 2015; M. Dossetti, M. Moretti e C. Moretti (a cura di), *La riforma della filiazione: aspetti personali, successori e processuali (l. 10 dicembre 2012, n. 219)*, Zanichelli, Bologna 2013; E. Fazio, *Status filiationis e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili*, in *Jus civile*, 1 (2018), pp. 31-41; G. Ferrando, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Jus civile*, 3 (2013), pp. 132-150; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *NGCC*, 29/2 (2013), pp. 201-217; S. Meucci, *Successione legittima e necessaria alla luce della riforma della filiazione*, in *Pers. merc.*, 2 (2014), pp. 153-161; G. Pasagnoli, *I profili successori della riforma della filiazione*, in *Pers. merc.*, 3 (2014), pp. 113-117; M. Sesta, *L'unicità dello status di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 3 (2013), pp. 231-241; Id., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1 (2014), pp. 1-34. Per l'analisi della filiazione antecedente alla riforma del 2012 si veda ancora: M. Sesta, *La filiazione*, Giappichelli, Torino 1999; e prima di quella del 1975: M. Berri, *Rilievi sulla riforma della legislazione civile in materia di filiazione adulterina*, Giuffrè, Milano 1967; U. Majello, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Morano, Napoli 1965.

¹⁰ A riguardo, si veda G. Ferrando, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. pers. e succ.*, 4 (2012), pp. 282-289.

solo di recente a disciplinare la materia, si era pronunciata su alcune questioni di frequente ricorrenza, manifestando apertura verso il riconoscimento di effetti giuridici anche ai rapporti di fatto. Tali orientamenti giurisprudenziali, che già avevano posto le basi per l'individuazione del nuovo statuto familiare, sono infine confluiti nella lettera della legge, che solo da pochi anni ha consacrato il riconoscimento da parte dell'ordinamento italiano delle unioni diverse dal matrimonio. Ciò è quanto è avvenuto con la legge n. 76 del 20 maggio 2016¹¹ – divenuta famosa alle cronache col nome della senatrice Monica Cirinnà, che ha lottato per la sua approvazione – recante la disciplina delle unioni civili¹² non fondate sul matrimonio e, inoltre, delle convivenze di fatto¹³, nonché dei tanto discussi contratti o accordi di convivenza¹⁴. Con tale provvedimento l'ordinamento italiano ha finalmente offerto copertura giuridica alle unioni diverse dal matrimonio, disciplinando i rapporti di coppia di coloro che non possono (poiché dello stesso sesso) o non vogliono (per proprie convinzioni culturali) accedere all'istituto matrimoniale, pur essendo legati da una stabile rela-

¹¹ Legge 20 maggio 2016, n. 76, recante la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze» (pubblicata in Gazzetta Ufficiale al n. 118 del 21 maggio 2016 ed entrata in vigore il 5 giugno 2016).

¹² L'unione civile è l'istituto, analogo al matrimonio, con cui nel nostro ordinamento hanno ottenuto riconoscimento giuridico le coppie formate da persone dello stesso sesso. Tale istituto estende alle coppie omosessuali la quasi totalità dei diritti e dei doveri previsti per il matrimonio (ad eccezione dell'obbligo di fedeltà e della disciplina in materia di adozione). In questo modo è stata finalmente risolta l'annosa questione del trattamento giuridico delle unioni tra soggetti dello stesso sesso, che fino all'entrata in vigore della legge 76/2016 erano per il diritto italiano considerati alla stregua di due estranei, essendo loro precluso di contrarre matrimonio, per il quale il nostro sistema civilistico richiede che i membri della coppia siano di sesso diverso.

¹³ Il comma 36 del monoarticolo della Legge Cirinnà, composto da ben 69 commi, così definisce la convivenza di fatto: «Si intendono per "conviventi di fatto" due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile».

¹⁴ Sui contratti di convivenza si vedano: G. Ferrando, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *RCDP*, 18/1 (2000), pp. 163-181; Id., *Contratto di convivenza contribuzione e mantenimento*, in *Contr.*, 7 (2015), pp. 722-730; A. Fusaro, *I contratti di convivenza*, in *Pol. del dir.*, 1 (2017), pp. 113-126; F. Gerbo, *I contratti di convivenza: rilevanza e contenuti*, in *Vita not.*, 3 (2007), pp. 1367-1371; M. Ieva, *I contratti di convivenza dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Riv. not.*, 1 (2001), pp. 37-44; M. Lupoi, *Possibile creare una struttura di tutela per nuclei riconosciuti e coppie di fatto*, in *Guida al diritto - Dossier*, 7 (2011), pp. 32-34; E. Moscati e A. Zoppini (a cura di), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Torino 2002; G. Oberto, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contr. impr. Eur.*, 1 (2004), pp. 17-90; Id., *I diritti dei conviventi: realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Cedam, Padova 2012; A. Las Casas, *Accordi prematrimoniali, 'status' dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contr.*, 10 (2013), pp. 913-924; G. Savorani, *Due cuori e una capanna nel terzo millennio: fuga dal matrimonio e contratti di convivenza*, in *Pol. del dir.*, 1 (2014), pp. 37-80. Sulla tutela del convivente di fatto si veda, inoltre, A. Carrato, *Se l'amore è eterno finché dura, quale tutela ha il convivente di fatto che viene estromesso dall'altro dal godimento dell'abitazione comune? (nota a Cass. Civ., sez. II, 21 marzo 2013, n. 7214)*, in *Corr. Giur.*, 12 (2013), pp. 1535-1542. Sempre in tema di convivenza e di diritti dei conviventi: F. Bocchini (a cura di), *Le convivenze familiari: diritto vivente e proposte di riforma*, Giappichelli, Torino 2006; G. Ferrando, *Attribuzioni patrimoniali e liberalità tra coniugi e conviventi*, in *Corr. giur.* 23/10 (2006), pp. 1462-1472; F. Viglione, *I diritti successori dei conviventi: uno studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino 2016.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica zione affettiva o, per utilizzare il concetto latino, da un solido vincolo di *affectio*¹⁵. In questo modo l'Italia si è uniformata all'impostazione già accolta da molti paesi europei¹⁶ e ha dato, inoltre, definitiva attuazione al disposto dell'articolo 2 della nostra Carta costituzionale, che tutela i diritti dell'individuo non soltanto *uti singulus*, ma anche nelle «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»¹⁷: concetto, quest'ultimo, nel quale risultano evidentemente ricompresi tutti i modelli di relazione di coppia, che oggi compongono il frastagliato «arcipelago» in cui si è disarticolata la (un tempo) unitaria «isola» familiare¹⁸.

3. Il matrimonio nel diritto romano: *matrimonium* o *matrimonia*?

3.1 Il *matrimonium* come *res facti*: fattualità e giuridicità del matrimonio romano

Alla luce delle brevi ma fondamentali premesse finora svolte in ordine al tema della famiglia 'di fatto', è possibile adesso valutare se la tendenza a riconoscere taluni effetti giuridici a situazioni difformi dal modello legale fosse propria anche del mondo antico e, in particolare, avesse conosciuto manifestazioni già nell'esperienza romana.

Per quanto concerne le relazioni familiari di fatto, l'ambito elettivo è sicuramente rappresentato, tanto oggi quanto in Roma antica, dai rapporti tra coniugi e dal loro tradursi o meno in un vincolo stabile e giuridicamente riconosciuto come matrimonio (*matrimonium*).

¹⁵ Sull' *affectio* come elemento costitutivo del matrimonio romano avremo modo di soffermarci a breve: cfr. *infra* par. 3.2.

¹⁶ L'adeguamento dell'ordinamento italiano al *trend* già inaugurato in diversi paesi europei anche a noi vicini (come Francia e Spagna) è messo in evidenza anche dalla dottrina civilistica, tra cui: V. Roppo, *Diritto Privato*, cit., p. 873, il quale rileva che con la legge 76/2016 «il legislatore italiano si è finalmente allineato ai molti sistemi giuridici occidentali che danno un riconoscimento alle coppie omosessuali».

¹⁷ Art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

¹⁸ La fortunata definizione della famiglia come «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto» è di Arturo Carlo Jemolo, con il quale si è poi posto in dialogo Francesco Donato Busnelli, rilevando come oggi, a seguito del moltiplicarsi dei modelli familiari, l'«isola» si sia frantumata in un frastagliato «arcipelago». Cfr. A. C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e coordinate da L. Scavo Lombardo, Giuffrè, Milano 1957, pp. 223-241; F. D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 48/4 (2002), pp. 509-529. Per la metafora del «mare del diritto» nell'ambito del diritto romano si veda P. Giunti, *Il mare del diritto. Legalità e famiglia in Roma antica*, in C. Storti (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 1-20. Al medesimo argomento è dedicato anche il recente contributo di V. L. Casone, *La pluralità dei modelli familiari: le 'nuove' famiglie nell'ordinamento italiano*, in *Legal Roots*, 6 (2017), pp. 177-221; nonché, da ultimo, A. Albanese (a cura di), *Le nuove famiglie: unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite: costituzione, diritti e doveri, rapporti personali e patrimoniali, filiazione, responsabilità, crisi della coppia e scioglimento, successione mortis causa, convenzioni e formule contrattuali*, Pacini Giuridica, Pisa 2019.

Una simile analisi necessita, tuttavia, di una notazione preliminare, imposta dalla peculiarità dell'oggetto trattato rispetto a quelli analizzati nei capitoli precedenti, ossia le più volte citate figure di 'apparenza' riguardanti l'erede, il creditore e il rappresentante. Mentre, infatti, questi ultimi sono istituti giuridici in senso tecnico, ai quali l'ordinamento equipara, limitatamente a determinati effetti, le rispettive fattispecie 'apparenti' (erede, creditore e rappresentante apparente), lo stesso non può affermarsi del matrimonio romano, che notoriamente viene qualificato alla stregua di una '*res facti*'¹⁹. Detto altrimenti, mentre le prime sono costruzioni elaborate dal diritto, che artificialmente allinea mediante un artificio giuridico *ius* e *factum*, al contrario il *matrimonium* – anche quello *iustum* – si caratterizza per essere esso stesso una situazione di fatto, alla quale vengono paragonate per differenza ulteriori situazioni, anch'esse fattuali, che dallo stesso si distinguono per la carenza di uno o più requisiti (*matrimonium iniustum*) o addirittura per l'assenza di elementi costitutivi o strutturali (concubinato).

Operata questa doverosa precisazione e nella consapevolezza che a Roma il *matrimonium* era di per sé una situazione fattuale, occorre tuttavia immediatamente aggiungere che l'affermazione secondo cui il matrimonio romano era una *res facti* non presuppone, tuttavia, che si trattasse di un fatto irrilevante dal punto di vista giuridico; al contrario, era un istituto fondamentale, al quale erano connessi rilevanti effetti²⁰. Emblematica, a riguardo, è l'autorevole definizione di Edoardo Volterra, il qua-

¹⁹ Sulla rappresentazione del *matrimonium* come '*res facti*' insistono tutti i principali manuali istituzionali di diritto romano: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 434 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 149 ss.; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 226 ss.; G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, cit., pp. 147 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 553 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 224 ss.; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, cit., pp. 450 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 428 ss.; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 240 ss.; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., pp. 92 ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 131 ss.; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 643 ss. Sul matrimonio, si ricorda anzitutto la fondamentale voce di E. Volterra, s.v. *Matrimonio (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 25, Giuffrè, Milano 1975, pp. 726-807 (= *Scritti giuridici*, vol. 3, *Famiglia e successioni*, Jovene, Napoli 1991, pp. 223-304), che segue il precedente studio: Id., *Precisazioni in tema di matrimonio classico*, in *BIDR*, 17 (1975), pp. 245-270. Si vedano anche: R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Cedam, Padova 2002; R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit.; S. Treggiari, *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Clarendon Press, Oxford 1991; R. Astolfi, *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo impero*, in *SDHI*, 56 (1990), pp. 323-346. Per quanto concerne lo scioglimento del vincolo matrimoniale, mediante *repudium* o *divortium*, ci limitiamo a citare, oltre alle voci di E. Volterra, s.v. *Divorzio. Diritto romano*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 6, Utet, Torino 1968, pp. 62-64 e di E. Cantarella, s.v. *Scioglimento del matrimonio. Diritto romano*, in *Enc. dir.*, vol. 41, Giuffrè, Milano 1989, pp. 648-651, alcuni fondamentali riferimenti: E. Volterra, *Ancora sulla legislazione imperiale in tema di divorzio*, in *Scritti giuridici*, vol. 4, *Le fonti*, Jovene, Napoli 1993, pp. 521-528; E. Cantarella, *Ripudio, sacertà, condizione femminile: a partire da una recente interpretazione di Plut., Rom. 22*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Genève-Munich 1999, pp. 15-23; P. Giunti, *Il modus divortii nella legislazione augustea. Aspetti problematici, ipotesi di lettura*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. 2, Giuffrè, Milano 2008, pp. 323-348.

²⁰ Il riferimento è a E. Volterra, s.v. *Matrimonio (diritto romano)*, cit., dove l'Autore afferma che l'indagine svolta dai giuristi romani in ordine alla sussistenza dell' *affectio maritalis* nell'ambito di una

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

le, proprio valorizzando la dialettica tra *factum* e *ius*, mise in luce la doppia anima del matrimonio romano – al contempo fattuale e giuridica – descrivendolo come una ‘situazione di fatto a rilievo giuridico’.

L'importanza del *matrimonium* nel contesto di Roma antica emerge con evidenza anche dalle fonti latine, che rappresentano l'unione fra i coniugi come l'imprescindibile pilastro su cui si basavano le fondamenta della famiglia e, in certo modo, della stessa *civitas*. In particolare, Cicerone – in una celeberrima testimonianza tratta dal *De officiis*²¹ – ci ricorda che proprio il *matrimonium* costituisce il «*seminarium rei publicae*»²²; espressione, quest'ultima, che noi moderni potremmo tradurre come il ‘vivaio dello Stato’, ossia il focolaio vivido e fertile in seno al quale germogliano e si dipanano tutte le relazioni sociali, che, nella loro varietà ed eterogeneità, trovano una comune origine in quella primordiale forma di associazione – «*prima societas*», afferma l'Arpinate – rappresentata dal *coniugium*.

Cic., *De off.* 1.17.54: *Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.*

La centralità assegnata al matrimonio nell'antica Roma, che le parole di Cicerone mettono in luce in maniera così cristallina e pregnante, è il riflesso del ruolo ad esso attribuito all'interno dell'ordinamento romano, intimamente connesso alla funzione procreativa (*liberorum procreandorum* o *quaerendorum causa*)²³.

convivenza stabile era «diretta a qualificare giuridicamente in un determinato momento un'unione coniugale esistente di fatto».

²¹ Il *De officiis* rientra tra le opere filosofiche di Cicerone: in tale contesto la sua personalità emerge, dunque, nella veste di filosofo e non in quella di retore. Nel brano citato la riflessione di Cicerone è incentrata infatti intorno alla funzione del *matrimonium*, nel quale viene individuato il nucleo fondativo dell'intera organizzazione familiare, la base imprescindibile sulla quale si costruiscono e si articolano tutte le ulteriori relazioni familiari e, ad un livello più alto, anche sociali. Tale fondamentale ruolo ricoperto dal matrimonio è evidentemente conseguenza della funzionalizzazione dell'unione alla procreazione, ossia del suo essere concepita e giustificata *liberorum procreandorum causa*.

²² Cicerone aggiunge poi che il matrimonio è «*seminarium rei publicae*», ossia il vivaio dello Stato, la base dell'organizzazione politica. La *prima societas* rappresentata dal *coniugium* è ciò che consente alla *civitas* di esistere e di crescere: la famiglia, in quanto finalizzata alla procreazione, è *seminarium rei publicae*, poiché garantisce il rinnovarsi delle generazioni e, in ultima analisi, la conservazione e la sopravvivenza del genere umano.

²³ In merito all'espressione *liberorum procreandorum* o *quaerendorum causa* si vedano le osservazioni di C. Fayer, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, vol. 2, *Sponsalia, matrimonio, dote*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2005, pp. 371 ss., la quale rileva come tale dizione, seppur con lievi varianti di forma, sia presente già in Ennio (*Enn. apud Fest.*, p. 312 L. s.v. *Quaeso*), Plauto (*Plaut., Aul.* 146 ss.), Varrone, citato da Macrobio (*Macrob., Sat.* 1.16.8), usata come sinonimo di matrimonio. La stessa osserva poi come l'espressione figuri in diversi testi giuridici [D. 50.16.220 (Callistr. 2 *quaest.*); *Tit. ex corp. Ulp.* 3.3; D. 49.15.21 pr. (*Ulp. 5 opin.*); 24.3.1 (Pomp. 15 *ad Sab.*)] e letterari (*Liv., Epit.* 59; *Val. Max.* 7.7.4; *Tac., Ann.* 11.27; *Svet., Caes., Jul.* 52; *Gell., Noct. Att.* 17.21.44; *Quint., Decl.* 247) di età classica sino a quella giustiniana e come sia presente anche nella Patristica, rinvenendosi peraltro in alcuni documenti matrimoniali di età classica e postclassica. L'Autrice rileva, inoltre, come a tale espressione sia stato attribuito in dottrina: da alcuni «un carattere di necessità giuridica, riconoscendo in essa la formula tassativa con cui l'uomo doveva dichiarare la propria volontà di prendere la donna come moglie legittima»; da altri «un valore essenzialmente sociale, in quanto dichiara lo scopo etico

Da questa finalità emerge con evidenza lo stretto e ineludibile collegamento tra famiglia e società, tra matrimonio e Stato. Non a caso, è di fronte a questo legame che oggi si agitano con veemenza le rivendicazioni sociali ed è per questo che l'ordinamento civilistico sta inevitabilmente orientandosi a prendere le distanze da tale impostazione. Ecco che la società dell'oggi²⁴, a seguito dell'erosione del monolitico istituto matrimoniale e della sua frantumazione in plurime realtà eterogenee – dapprima le relazioni *more uxorio*, poi, a seguito della riforma Cirinnà, le unioni civili e le convivenze di fatto – si trova ad abitare un universo complesso, in cui il rapporto 'matrimonio-famiglia-società-Stato' perde definitivamente ed inevitabilmente la sua univocità.

Da quanto detto emerge dunque che l'aspetto che maggiormente connota il matrimonio a Roma (e che lo rende non sovrapponibile al nostro moderno istituto) è la sua destinazione alla procreazione e, in particolare, alla generazione di una prole legittima. Soltanto una legittima discendenza era, infatti, in grado di garantire quel risultato ultimo che rappresentava l'ambizione e, al tempo stesso, la preoccupazione di ogni *paterfamilias*, ossia la prosecuzione della *familia*. Soltanto l'esistenza di un valido *matrimonium* – o meglio di un *matrimonium iustum* – consentiva di considerare 'sui' e non semplicemente 'liberi' i figli, di farli ricadere nella *potestas* del *pater* e di renderli, al momento della sua morte, i legittimi eredi che avrebbero garantito la continuazione del nucleo familiare, non soltanto dal punto di vista patrimoniale, ma anche onomastico e religioso-sacrale²⁵.

Alla luce dei rilievi appena esposti, dunque, la fortunata definizione di Edoardo Volterra 'si illumina d'immenso'²⁶ e, per così dire, brilla di luce propria, non necessitando di essere in alcun modo completata o esplicita. La qualifica del matrimonio come 'fatto sociale a rilevanza giuridica' riassume in sé l'essenza stessa del matri-

dell'unione matrimoniale, mettendo in rilievo la posizione della donna chiamata ad assicurare la procreazione di discendenti legittimi» (p. 373). Quest'ultimo in particolare è il pensiero di Riccardo Orestano, secondo cui «prima ancora della posizione giuridica, essa pone in evidenza la posizione sociale della donna» (cfr. R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Giuffrè, Milano 1951, pp. 325 ss.). Sul punto si veda anche M. P. Orsolya, 'Liberorum quaerundorum causa'. *L'image idéale du mariage et de la filiation à Rome*, in *RIDA*, 38 (1991), pp. 285-331.

²⁴ Il riferimento esclusivo alla società dell'oggi non è casuale: il rapporto tra matrimonio e famiglia e, in particolare, l'idea per cui il primo si fonda sul secondo non è estranea al nostro ordinamento, il quale anzi ha scelto addirittura di consacrarla nella Carta costituzionale, la quale all'art. 29 definisce la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio».

²⁵ A Roma ciascun nucleo familiare ruotava attorno a tre fondamentali elementi: il patrimonio, che rappresentava la base economico-materiale; il nome, che nella sua triplice articolazione (*praenomen*, *nomen*, *cognomen*) segnalava l'appartenenza ad un determinato nucleo familiare, nonché ad una specifica *gens*, contraddistinguendo ed identificando in maniera univoca i singoli soggetti; infine, non meno importante, il culto familiare comprensivo dei *sacra* e dei *lares* familiari. L'assenza di successibili al momento della morte del *paterfamilias* rappresentava, pertanto, un'eventualità assolutamente infausta, in quanto avrebbe determinato la scomparsa definitiva di un nucleo familiare, con tutta la sua storia: non soltanto sarebbe andato disperso il patrimonio, ma sarebbe definitivamente caduto nell'oblio anche il ricordo del *nomen*; inoltre, non essendovi più nessuno in grado di coltivare il culto familiare, ciò avrebbe rischiato di determinare sconvolgimenti anche a livello sacrale, compromettendo l'equilibrio religioso su cui il mondo romano – particolarmente quello arcaico, nel quale diritto e religione appaiono avvinti l'un l'altro come una sola cosa – fondava, in ultima analisi, la sua stessa sopravvivenza.

²⁶ L'espressione è presa in prestito dalla celebre poesia 'Mattina' di Giuseppe Ungaretti.

monio romano, articolata e rappresentata in tre fondamentali elementi: anzitutto, la descrizione del matrimonio come 'fatto' evidenzia che l'*origo* dell'unione è da rinvenirsi nel mondo del *factum*, dal momento che la stessa poggia su meri requisiti fattuali, la cui sussistenza e la cui estinzione prescindono dal rispetto di precise formalità o solennità. In secondo luogo, l'aggettivo 'sociale' sottolinea che il senso e la funzione del matrimonio rispondono ad esigenze della società: lo stesso, infatti, nasce – potremmo dire – in maniera quasi spontanea, come risposta ad intime necessità dell'individuo e della comunità in cui abita, volte in ultima analisi alla conservazione e alla continuazione della comunità stessa. Esigenze, dunque, rinvenibili in ogni società civilmente organizzata: ogni *societas*, infatti, per la propria nascita e prosecuzione presuppone anzitutto che vi siano dei discendenti in grado di garantire il suo mantenimento. Infine, l'espressione 'a rilevanza giuridica' descrive il tratto fondamentale dell'unione matrimoniale: la circostanza che tale unione, pur fattuale e non richiedente alcuna solennità costitutiva o estintiva, è fonte di effetti giuridici. Dal *matrimonium*, in quanto unione stabile e reciprocamente voluta, scaturiscono effetti giuridicamente rilevanti che si producono certamente e in via prioritaria fra i coniugi, ossia fra le parti che hanno scelto di unirsi nel vincolo matrimoniale, ma nondimeno si riverberano sui figli e, in certa misura, su soggetti terzi ed estranei al rapporto di coppia.

Ciò premesso, occorre domandarsi se tali effetti discendessero unicamente dalle relazioni qualificabili come '*matrimonium iustum*' o se gli stessi scaturissero, in tutto o in parte, anche da unioni che le fonti definiscono '*matrimonia iniusta*'. Tale analisi impone, anzitutto, di chiarire la distinzione fra *matrimonium iustum* e *iniustum*²⁷, nonché, ancor prima, di comprendere in che cosa il *matrimonium* (complessivamente inteso) si differenziasse dal concubinato.

3.2 Pluralità di modelli coniugali: *matrimonium iustum*, *matrimonium iniustum*, *concubinatus*

Nonostante il matrimonio a Roma fosse '*res facti*', la circostanza che ad esso fossero collegate precise ed importanti conseguenze giuridiche ci consente di distinguerlo da altri rapporti di coppia, che, difettando di determinati requisiti, impedivano la produzione di tutti o di parte degli effetti connessi al matrimonio vero e proprio.

Quanto affermato dà per presupposto un dato, che pare emergere dalle fonti degli autori latini in modo certo e difficilmente confutabile: Roma conosceva più di una realtà coniugale. A riguardo la testimonianza maggiormente nota, non a caso immancabilmente citata in ogni lavoro che affronti anche marginalmente il binomio '*matrimonium iustum/matrimonium iniustum*', è il passo con cui Ulpiano, nel commentare la legislazione matrimoniale augustea (in particolare quella, su cui a breve ci soffermeremo, in materia di adulterio), asserisce che essa riguarda 'tutti i matri-

²⁷ In merito al quale, ancora una volta, imprescindibile è la voce di E. Volterra, *Iniustum matrimonium*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. 2, Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, Milano 1972, pp. 441-470.

moni' («*ad omnia matrimonia pertinet*»)²⁸. L'utilizzo del termine '*matrimonium*' al plurale sgombra, dunque, il campo da ogni possibile dubbio: il matrimonio a Roma era un concetto variamente declinabile; era un termine polivalente, che – quantomeno nel suo 'valore assoluto', senza ulteriori aggettivi o specificazioni – appariva idoneo ad individuare plurime realtà sociali e familiari²⁹.

Tale apertura del diritto romano al contemporaneo riconoscimento di diversi schemi familiari non esclude ovviamente che lo stesso assegnasse priorità a quello che fra tutti era considerato il modello 'ideale', quello per così dire 'perfetto' e che rappresentava l'*optimum*. Fermo restando, infatti, quanto appena detto in merito alla coesistenza di più realtà coniugali, fra esse la principale era indubbiamente rappresentata dal *matrimonium iustum* – ossia un'unione monogamica finalizzata alla procreazione (*liberorum procreandorum causa*), i cui elementi costitutivi erano la stabile convivenza e l'*affectio maritalis*³⁰ – definito '*iustum*' in quanto rispettoso di tutti i requisiti imposti dal *ius civile*.

Il *matrimonium iustum*, pur rappresentando il modello di coniugio «per antonomasia»³¹, non esauriva però l'intero universo delle relazioni fra uomo e donna e, in verità, neppure quello dei '*matrimonia*'. Quanto appena affermato vale non solo e non tanto poiché Roma, analogamente ad altre società antiche, ammetteva la prassi del concubinato, quale relazione che, come più avanti spiegheremo meglio³², poteva aggiungersi a quella matrimoniale, dalla quale si distingueva per la carenza dell'elemento soggettivo costituito dall'*affectio maritalis* (o *coniugalis*); ma anche e soprattutto perché la dimensione matrimoniale appariva tutt'altro che monolitica, dal momento che al suo interno confluivano più realtà fra loro diversificate. Con il termine '*matrimonium*', infatti, le fonti latine non individuavano unicamente l'unione coniugale che abbiamo appena definito '*iusta*', ma, al contrario, quello stesso vocabolo era utilizzato anche per indicare relazioni che '*iustae*' non erano. Ciò in quanto si trattava di casi in cui l'uomo e la donna, pur essendo intenzionati a vivere in un'unione monogamica stabile finalizzata alla procreazione, erano però carenti sotto uno dei profili giuridici richiesti affinché il loro vincolo potesse definirsi *iustum*; o, parimenti, di ipotesi in cui il legame si era formato in violazione di specifiche prescrizioni legislative, che vietavano determinate relazioni, pena la loro '*iniustitia*'.

²⁸ D. 48.5.14(13).1 (Ulp. 2 *de adult.*): cfr. *infra*, nota 53 e, più nel dettaglio, par. 7.2.

²⁹ Fra gli studi dedicati alle diverse categorie di unioni matrimoniali conosciute e diffuse in Roma antica, si vedano come esempi recenti: M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico: matrimonium iustum, matrimonium iniustum*, Jovene, Napoli 2012; R. Quadrato, '*Maris atque feminae coniunctio*': '*matrimonium*' e unioni di fatto, in *Index*, 38 (2010), pp. 223-252.

³⁰ I due requisiti emergono anche nelle celebri definizioni di '*nuptiae*', attribuite rispettivamente a Modestino e Giustiniano. D. 23.2.1 (Mod. 1 *reg.*): «*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*»; Inst. 1.9.1: «*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*». Per un'analisi di tali brani alla luce dell'asserita interscambiabilità tra i termini '*matrimonium*' e '*nuptiae*' si veda A. Romano, *Matrimonium iustum: valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Jovene, Napoli 1996, p. 8, la quale muove dal sospetto che «l'apparente contrapposizione semantica tra '*contrahere nuptiae*' e '*matrimonium*' riflettesse la sequenza storica tra fasi diverse di un unico fenomeno: la risposta formale della comunità alle unioni sessuali a scopo riproduttivo» (ivi, p. 4).

³¹ M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico*, cit., p. 197.

³² Cfr. *infra*, par. 5.2.

La vita di coppia a Roma, insomma, non sarebbe stata ascrivibile ad un modello unico, dai confini rigidi ed impenetrabili. Al contrario, la monolitica visione della dimensione coniugale, che fino a pochi anni fa ha dominato la nostra mentalità giuridica, nel diritto romano pare frantumarsi in realtà plurime, che sembrano seguire le diverse sfaccettature che i rapporti concreti lasciavano emergere nella quotidianità delle relazioni tra individui di sesso maschile e femminile. Quest'ultima precisazione si rivela quanto mai necessaria, tenuto conto che, quale che fosse il modello a cui ricondurre la fattispecie concreta in questione, in ogni caso si trattava sempre e comunque di un rapporto involgente individui di sesso diverso. L'ordinamento romano non ammetteva, infatti, l'unione fra persone dello stesso sesso, le quali anzi erano disapprovate e finanche represses³³.

Abbiamo già ricordato come a Roma la coppia trovasse il proprio fondamento e la propria ragion d'essere nell'esigenza, tanto primordiale quanto insopprimibile, rappresentata dalla prosecuzione della stirpe. La necessità di garantire la continuità e la indefinita sopravvivenza della propria *familia* – e con essa di tutto ciò che la contraddistingueva, come dal punto di vista sociale il *nomen* e dal punto di vista religioso i *sacra* e i *lares* – era il motore che azionava ogni dinamica relazionale fra individui e, prima ancora, tra famiglie. Spesso infatti, come in ogni cultura antica, i matrimoni erano combinati dai rispettivi nuclei familiari di appartenenza, le cui scelte erano evidentemente il risultato di una serie di accurate considerazioni in merito alle reciproche posizioni sociali ed economiche.

In un simile quadro, stante l'importanza dei valori chiamati in causa, è evidente che in capo ai destinatari ultimi di tale scelta non residuavano margini considerevoli per condizionare la decisione finale. Immediata conseguenza di ciò era, dunque, che la dimensione affettiva e sentimentale della vita di coppia rimaneva inevitabilmente relegata sullo sfondo. Ciò non significa che essa fosse assente, quasi a volere descrivere la società romana come una sorta di '*fabrica civium*' e la vita di coppia come un mero adempimento di un'obbligazione o, se si preferisce, un bieco e triste espletamento della 'prestazione coniugale'. Tale distopica ricostruzione, oltre ad essere del tutto inconcepibile già sotto un profilo pratico, stante l'impossibilità che fra due persone che vivono 'sotto lo stesso tetto'³⁴ non nascano sentimenti di qualsivoglia genere, risulta contraddetta anche dalle fonti. In più di un'occasione infatti gli autori recano testimonianza di forti legami fra marito e moglie, diversamente articolati a seconda dei casi sotto forma di sincero affetto, reciproca stima, fedeltà e dedizione,

³³ La questione della rilevanza o, viceversa, irrilevanza giuridica delle unioni omosessuali nel mondo romano è stata affrontata, tra gli altri, da: E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, BUR, Milano 2010⁸; D. Dalla, '*Ubi Venus mutatur*'. *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Giuffrè, Milano 1987; nonché di recente da G. Gulina, *Unioni omosessuali e diritto romano*, in *APG*, 5 (2016), pp. 111-127.

³⁴ La convivenza stabile tra uomo e donna rappresentava per il diritto di Roma antica uno degli elementi essenziali per la sussistenza di un matrimonio valido. Per un'analisi approfondita della convivenza come elemento costitutivo del *matrimonium* romano si rinvia a P. Giunti, *Consors vitae: matrimonio e ripudio in Roma antica*, Giuffrè, Milano 2004, in particolare parte 2, cap. 4, par. 2 (gli elementi costitutivi del matrimonio: il problema della convivenza, pp. 149 ss.), già in Id., *Il valore della convivenza nella struttura del matrimonio romano: rivisitazione di un'antica querelle*, in *Sem. Compl.*, 12 (2001), pp. 133-145.

fino a veri e propri casi di autentico coinvolgimento sentimentale, in niente inferiore all'odierno ideale di amore³⁵.

La storia di Roma dunque ha conosciuto realtà coniugali felici. Queste – soprattutto nell'epoca più antica – possono essere ascritte semplicemente ad una fortunata combinazione, se non talvolta ad accondiscendenza di una delle due parti (quasi sempre la moglie). Successivamente, tuttavia, con l'evoluzione della società e il progressivo processo emancipatorio del genere femminile, si afferma una certa attenzione (o quantomeno considerazione) per la reciproca volontà dei coniugi. Tanto che in età postclassica si assisterà ad un vero e proprio intervento normativo imperiale, volto a salvaguardare i cosiddetti «*bene concordantia matrimonia*»³⁶, a conferma dunque del rilievo prestato, almeno a partire da una certa epoca, alla riuscita del matrimonio anche dal punto di vista delle reciproche relazioni tra coniugi.

Ciononostante, il sentimento di coppia (anche laddove presente) era più un effetto conseguente al matrimonio che non una premessa e un preludio allo stesso. In sostanza, esso sorgeva durante lo svolgersi della vita coniugale e non rappresentava la 'molla' in grado di mettere in moto la volontà di addivenire alle nozze. Quest'ultima era, infatti, dettata da esigenze eminentemente pratiche, di ordine socio-economico, tutte più o meno direttamente riconducibili alla necessità di generare figli. Anche in questo caso, però, il fine ultimo non era soddisfare le proprie personali aspirazioni di maternità o di paternità³⁷, poiché la società romana non concepiva certo una sorta di 'diritto alla genitorialità'³⁸, alla stregua di quello riconosciuto dalla quasi totalità degli ordinamenti civili contemporanei. Piuttosto, il matrimonio doveva assicurare una

³⁵ A titolo esemplificativo, sarà sufficiente citare il felice matrimonio tra Catone il Giovane e Marzia, del quale si è occupata E. Cantarella, *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana: una storia romana di amore coniugale*, in *BIDR* 39 (1997), pp. 205-219 [= *Storia delle donne*, 1 (2005), pp. 115-131].

³⁶ La norma in questione è opera dell'imperatore Antonino Pio. A riguardo si suggerisce il confronto dei seguenti passi: D. 43.30.1.5 (Ulp. 71 *ad ed.*): «*Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? Et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur. Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat*»; D. 24.1.32.19 (Ulp. 33 *ad Sab.*): «*Si socer nurui nuntium miserit, donatio erit irrita, quamvis matrimonium concordantibus viro et uxore secundum rescriptum imperatoris nostri cum patre comprobatum est: sed quod ad ipsos, inter quos donatio facta est, finitum est matrimonium*». Sul tema cfr. anche A. S. Scarcella, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in *SDHI*, 66 (2000), pp. 147-164.

³⁷ E. Cantarella, *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana*, cit., p. 122: «I Romani non si sposavano per amore, nel senso moderno del termine. Il matrimonio era dettato da considerazioni pratiche, e la sua funzione principale era la procreazione, peraltro desiderata non necessariamente e non solo come soddisfazione di un desiderio individuale di paternità o di maternità».

³⁸ L'espressione 'diritto alla genitorialità' non trova esplicita menzione nella nostra Carta costituzionale, ma è tuttavia ricavabile attraverso un'interpretazione sistematica, che legga in combinato disposto l'art. 2 con gli artt. 29, 30 e 32. Esso può dunque considerarsi rientrante nei cosiddetti 'diritti nuovi', espressione che indica quei diritti che, sebbene non previsti dalla Costituzione, devono essere tutelati e riconosciuti in quanto strettamente connessi con quelli fondamentali, di cui rappresentano un ampliamento e un completamento. Ciò è possibile soltanto interpretando l'art. 2 come una 'disposizione di apertura' (anziché come una 'norma di chiusura'), che consideri l'elenco dei diritti contemplati in Costituzione un 'catalogo aperto', avente un valore esemplificativo e non tassonomico e, pertanto, idoneo ad essere ampliato in presenza di nuove esigenze di tutela che assurgano al rango costituzionale.

discendenza alla famiglia di appartenenza, la quale altrimenti, in assenza di prole, sarebbe stata destinata a scomparire, con pesantissime ricadute non soltanto sul piano sociale, ma anche e soprattutto in termini religiosi, determinando un'interruzione del culto familiare, condannato ad un irreversibile oblio. Onde evitare tale pernicioso esito, è naturale allora che i Romani attribuissero un'importanza cruciale alla filiazione e, per la precisione, alla filiazione legittima, ossia ai figli procreati nell'ambito di un matrimonio rispettoso di tutti i crismi legali.

Ecco, dunque, che giungiamo al punto nodale del discorso che si intende affrontare. Il concetto di filiazione legittima ci riporta, infatti, a quanto detto in apertura, laddove si accennava all'esistenza nel diritto romano di una pluralità di modelli coniugali. Occorre a questo punto chiarire meglio tale aspetto, per valutare se a tale asserita molteplicità corrispondesse una differenziazione di effetti. Detto altrimenti, è necessario capire se possano individuarsi plurimi regimi giuridici a seconda delle tipologie di unioni, oppure se sussista un modello unico, corrispondente al matrimonio tecnicamente inteso (il matrimonio 'vero', il matrimonio 'perfetto'), i cui singoli effetti possano essere estesi, a seconda delle circostanze, a unioni che da esso si differenziano per svariati profili. È necessario dunque indagare se talune conseguenze del *matrimonium iustum* possano prodursi anche rispetto ad ulteriori 'matrimoni', che – volendo piegare ai nostri fini la terminologia propria delle *leges* romane – potrebbero essere definiti '*imperfecti*' o '*minus quam perfecti*'.

Si tratta quindi di chiarire se il plurale '*matrimonia*' individui una molteplicità soltanto dal punto di vista lessicale o altresì dal punto di vista giuridico: cioè, se da esso possa desumersi una serie di regimi ascrivibili a diverse realtà di coppia, tra di loro differenziate per specifici aspetti, a loro volta determinati da circostanze di fatto o di diritto, oppure se ad esso possa attribuirsi soltanto un'eterogeneità semantica. In quest'ultimo caso l'ampiezza di significato del termine matrimonio lo renderebbe di per sé idoneo ad essere utilizzato con riferimento a svariate realtà, ma senza che a ciò corrisponda necessariamente una comunanza o un'omogeneità di effetti giuridici, al contrario propri soltanto di un matrimonio 'secondo diritto', di un'unione coniugale conforme al '*ius*', ossia appunto di quello che le fonti qualificano come '*matrimonium iustum*'.

Occorre, dunque, valutare quale fosse il regime giuridico riservato – ammesso che ve ne fosse effettivamente uno – alle unioni diverse dal *matrimonium iustum*. A tal fine, stante quanto appena detto circa l'importanza della filiazione (in particolare della filiazione legittima), è naturale che l'attenzione debba essere convogliata *in primis* verso l'analisi di tale aspetto, individuando e chiarendo quali fossero i requisiti richiesti dall'ordinamento giuridico romano per l'attribuzione al nuovo nato dello *status* di *filius legitimus*. E, dal momento che una simile condizione era propria unicamente dei figli nati da un *matrimonium iustum*, è anzitutto necessario ripercorrere, seppur brevemente, quali fossero i presupposti necessari per attribuire all'unione tale qualifica. Solo così sarà possibile comprendere quale fosse, sotto questo profilo, lo spartiacque che separava i matrimoni '*iusti*' dalle unioni, pur matrimoniali, ma '*iniustae*'.

4. *Matrimonium iustum e matrimonium iniustum*

4.1 Il *matrimonium iniustum* per carenza dei presupposti giuridici: i requisiti ulpiani

Il primo aspetto che occorre mettere in evidenza è che la distinzione fra *matrimonium iustum* e *iniustum* non è opera della dottrina moderna: al contrario, tali espressioni si rinvencono frequentemente nelle fonti romanistiche, a dimostrazione che la dicotomia era ben nota ai giuristi latini. Ciò conferma l'importanza di approfondirne il contenuto e la portata, in quanto tale differenza, lungi da risolversi in una mera questione terminologica, riveste un rilievo tutt'altro che marginale, in quanto da essa discendono importanti conseguenze giuridiche.

L'aggettivo '*ustum/iniustum*' che funge da spartiacque tra le due diverse tipologie di unioni attiene, infatti, alla conformità/difformità rispetto al parametro giuridico, ossia – volendo esprimersi con la pregnante sinteticità propria della lingua latina – al suo essere '*secundum*' o '*contra ius*'. Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, occorre ricordare che a Roma il matrimonio per essere considerato '*ustum*' – e dunque, in base a quanto appena detto, conforme al *ius* e ai caratteri richiesti dal diritto – esigeva la contemporanea presenza di una serie di requisiti. Si tratta, a ben vedere, di aspetti diversi dalla convivenza e dall' *affectio maritalis*, che, come anticipato, rappresentavano i due elementi costitutivi dell'unione matrimoniale. In assenza di questi non si sarebbe potuto parlare di 'matrimonio', potendosi al più configurare una diversa forma di rapporto, ad esempio un concubinato³⁹; al contrario, solo in presenza di entrambi sussisteva *matrimonium*. Ciò non significa però che tale *matrimonium* fosse necessariamente *ustum*, cioè conforme al *ius*: il diritto romano, infatti, per considerarlo tale imponeva anzitutto il rispetto di una serie di condizioni⁴⁰, che sono puntualmente riportate da Ulpiano nel seguente famoso brano.

³⁹ R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., in particolare, cap. 1, pp. 3-62: «Il consenso dei coniugi, che le fonti, sotto questo aspetto, qualificano di solito come *affectio maritalis*, ha per contenuto e finalità la costituzione di un rapporto di vita comune, atto alla procreazione e alla educazione di figli legittimi. I figli sono tali, *iusti*, se comuni e nati da un *matrimonium iustum secundum ius civile*, cioè avente tutti gli altri requisiti richiesti da Ep. Ulp. 5.2. L'*affectio maritalis* è quindi l'intenzione di porre in essere e vivere un *matrimonium iustum*, perché capace di rendere *iusti* i figli che ne nascono. Questa definizione di *affectio maritalis* è valida e rimane la stessa sia che in concreto vengano poi ad aggiungersi oppure non anche gli altri requisiti richiesti dall'*Epitome Ulpiani* e quindi il *matrimonium* risulti essere *ustum* oppure no. L'*affectio maritalis* è presente tanto nel *matrimonium iustum* che in quello *iniustum*. La diversità sta nella sua realizzazione. Avviene nel *matrimonium iustum*, manca in quello *iniustum*. Nel primo i figli sono legittimi, non lo sono nel secondo. La presenza dell'*affectio maritalis* anche nel *matrimonium iniustum* lo distingue dal concubinato, nel quale manca. I concubini non intendono infatti avere figli *iusti*».

⁴⁰ Sul punto si vedano le osservazioni di A. Romano, *Matrimonium iustum*, cit., p. 4, la quale, dopo aver rilevato come la scienza romanistica moderna sia pressoché unanime nel ritenere che le caratteristiche elencate da Ulpiano siano requisiti essenziali del matrimonio romano, ritiene però che «la lista di Ulp. 5.2, espressione di uno stadio maturo della riflessione giurisprudenziale sull'istituto, sia inadeguata a rappresentarne gli inizi».

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Tit. ex corp. Ulp. 5.2: Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utriusque consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.

Il passo di Ulpiano si presenta lineare ed estremamente chiaro: attraverso l'*incipit* «*ustum matrimonium est*» lascia immediatamente intendere che nel proseguo saranno individuati gli elementi la cui presenza è richiesta per connotare un'unione matrimoniale come *iusta*. Le parole iniziali sono infatti seguite da un lungo periodo ipotetico, articolato in tre parti, scandite dall'utilizzo ripetuto della congiuntiva 'et', attraverso il quale Ulpiano introduce l'elenco dei presupposti in virtù dei quali il *matrimonium 'ustum est'*; in questo modo ci consente, al contempo, di dedurre *a contrario* che in loro assenza il *matrimonium 'ustum non est'*, dovendosi dunque necessariamente qualificare come '*iniustum*'.

In vista dell'obiettivo di delineare il confine tra unioni *iustae* e *iniustae*, proviamo dunque a ripercorrere brevemente i requisiti ulpiane, avvisando fin d'ora che gli stessi non esauriscono però i profili di *discrimen*, i quali dovranno essere integrati anche sulla base delle indicazioni e dei divieti introdotti ed imposti sulla base di specifiche *leges*.

4.1.1 Il *conubium*

Nell'esposizione di Ulpiano, il primo 'requisito' – o, più correttamente, 'presupposto'⁴¹ – necessario affinché il *matrimonium* fosse considerato *ustum* è il *conubium*: «*Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit [...]*» (*Tit. ex corp. Ulp. 5.2*)⁴².

A differenza degli altri requisiti, quali la pubertà e il consenso, il termine *conubium* non evoca al giurista moderno alcun istituto noto: si tratta, infatti, di un elemento del tutto estraneo alla nostra tradizione giuridica. La ragione di tale estraneità è stata rinvenuta da parte della dottrina in uno dei valori fondativi del nostro ordinamento giuridico, ossia il principio di uguaglianza. Il *conubium* in effetti mal si concilia con tale valore, dal momento che in base alla presenza o all'assenza di esso il matrimonio sarebbe risultato *ustum* o *iniustum*.

Volendo provare a spiegare in cosa consistesse il *conubium*, possiamo appellarci alle definizioni offerteci dagli stessi giuristi romani, in particolare a quella attribuita ad Ulpiano, secondo cui «*conubium est uxoris ducendis facultas*» (*Tit. ex corp. Ulp. 5.3*), nonché a quella di Servio, per cui «*conubium est ius legitimi matrimonii*» (*Serv., Aen. 1.73*)⁴³. In realtà da tali parole ricaviamo pochi elementi qualificanti la nozione di *conubium*, dal momento che entrambi gli autori si limitano a riferirci, quasi tautologicamente, che il *conubium* è la facoltà o il diritto di contrarre un legittimo matrimonio.

⁴¹ *Ibid.*: «nella struttura logica di Ulp. 5.2 il concetto di *conubium* è preliminare a quello di *matrimonium*, quasi servisse ad indicarne, più che un requisito, un presupposto».

⁴² Del *conubium* trattano, pur a fini diversi, anche i passi successivi (cfr. *Tit. ex corp. Ulp. 5.2-5.9*).

⁴³ Per un'analisi della definizione di '*conubium*' all'interno delle fonti antiche in rapporto ai concetti di '*matrimonium*' e di '*nuptiae*' cfr. A. Romano, *Matrimonium iustum*, cit., p. 21 ss.

Ulteriori indizi a riguardo ci sono, però, forniti dai passi dei *Tituli* ulpiani immediatamente successivi a quello citato, nei quali viene meglio precisata la nozione di *conubium* attraverso la delimitazione dei suoi confini. Ciò avviene in due diverse direzioni: da un lato rispetto allo *status libertatis*, dall'altro con riferimento allo *status civitatis*.

Quanto al primo ambito, Ulpiano afferma che il *conubium* non sussiste nei confronti degli schiavi: «*Cum servis nullum est conubium*» (*Tit. ex corp. Ulp. 5.5*). L'unione pur stabile e permanente fra schiavi (o anche tra una persona libera e una *serva*) non era infatti qualificabile come '*matrimonium*', ma piuttosto come '*contubernium*'⁴⁴, un termine che trae origine dal linguaggio militare e rimanda alla prassi di condivisione della tenda nell'accampamento da parte dei soldati. Ciò emerge chiaramente dalla previsione contenuta in una costituzione dell'imperatore Costantino del 319 d.C., riportata nel *Codex giustiniano*, secondo la quale: «*Cum ancillis non potest esse conubium: nam ex huiusmodi contubernio servi nascuntur*»⁴⁵.

Per quanto concerne poi il secondo profilo, la nozione di *conubium* viene spiegata attraverso il riferimento alla cittadinanza romana, dal momento che il *conubium* sussisteva soltanto fra cittadini romani, mentre rispetto a latini e peregrini era necessaria una specifica concessione.

Tit. ex corp. Ulp. 5.4: Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis; cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit.

Il *conubium* dunque era strettamente connesso alla cittadinanza⁴⁶, da cui dipendeva, pur non risolvendosi con essa⁴⁷. Se infatti tutti i cittadini avevano astrattamente il *conubium*, in concreto potevano però non possederlo gli uni rispetto agli altri in

⁴⁴ Per la nozione di '*contubernium*' si vedano B. Brugi, s.v. *Contubernium*, in *N. dig. it.*, vol. 14, Utet, Torino 1938, pp. 178-182 [già B. Brugi, s.v. *Contubernium*, in *Dig. it.*, vol. 8/1, Utet, Torino 1896, pp. 552-556]; G. Foti, s.v. *Contubernium*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 4, Utet, Torino 1968, p. 769-770). Si confronti, inoltre, il recente contributo in tema di '*contubernio servile*' di F. Tamburi, *Intorno a una scelta terminologica impropria in tema di contubernio servile*, in *Iuris quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2010, pp. 395-418. Per la trattazione manualistica del *contubernium* si vedano: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 463; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 36; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 233; G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, cit., p. 156; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 674 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 199; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, cit., p. 459; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 432; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 242; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 81; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 54, 58.

⁴⁵ C. 5.5.3 pr. (Imp. Constantinus).

⁴⁶ Nel pensiero dei giuristi romani, infatti, il *conubium* è collegato «tanto all'acquisto della cittadinanza quanto a quello della *patria potestas*» (cfr. A. Romano, *Matrimonium iustum*, cit., p. 25 e pp. 42 ss.).

⁴⁷ Come ricorda M. Ravizza, *Sui rapporti tra matrimonio e deportatio in età imperiale*, in *Riv. dir. rom.*, 14 (2014), le fonti sono concordi nel ritenere che «per un valido rapporto coniugale, in diritto classico non si potesse prescindere, oltre che dall'età pubere degli sposi e dal *consensus*, anche dal *conubium*, concetto da non confondersi con la cittadinanza ma che certamente la presuppone». Non tutti sono, però, del medesimo avviso; per un'opinione contraria si veda S. Perozzi, *Istituzioni*, vol. 1, *Introduzione, diritto delle persone, le cose e i diritti sulle cose, il possesso*, Athenaeum, Roma 1928², p. 339, secondo cui il *conubium* si confonderebbe con la cittadinanza, risultando difficile distinguerli nella loro identità.

virtù della loro posizione reciproca. La sussistenza del *conubium* non doveva dunque essere valutata singolarmente, ma piuttosto reciprocamente, tenuto conto dello *status* dei soggetti interessati. Emblematico a riguardo è il caso relativo agli ordini patrizi e plebei, fra i quali il matrimonio non è sempre stato libero, seguendo vicende alterne nel corso della storia ed originando peraltro imponenti scontri sociali⁴⁸.

Un ulteriore elemento rilevante ai fini della definizione del concetto di *conubium* è fornito da Gaio, il quale esclude che possano contrarsi valide nozze tra persone che siano fra loro ascendenti e discendenti («*inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt*»), come i genitori rispetto ai propri figli o i nonni relativamente ai nipoti («*velut inter patrem et filiam vel inter matrem et filium vel inter avum et neptem*») dal momento che fra le stesse non sussiste il *conubium* («*nec inter eas conubium est*»). Con l'ulteriore fondamentale precisazione che un'eventuale unione tra tali soggetti sarebbe illegittima, in quanto incestuosa («*et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur*») ⁴⁹.

Alla luce di quanto appena osservato, la definizione data dai giuristi, che ad una prima lettura ci era apparsa tautologica, assume una nuova luce e consente di comprendere meglio il significato di *conubium*. Pertanto, a valle degli elementi emersi dalle fonti, il *conubium* può adesso essere più correttamente definito come 'la reciproca attitudine a vivere in un'unione monogamica stabile preordinata alla procreazione'⁵⁰, o – volendo citare il famoso studio di Edoardo Volterra – «la capacità di

⁴⁸ Il divieto di *conubium* tra patrizi e plebei fu introdotto dalle *Dodici Tavole*, ma successivamente abrogato nel 445 a.C. ad opera della *lex Canuleia de conubium patrum et plebis*.

⁴⁹ Gai 1.59: «*Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, velut inter patrem et filiam vel inter matrem et filium vel inter avum et neptem; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam, quae mihi per adoptionem filiae seu neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quamvis eam emancipaverim*». Sull'*incestum* si vedano: U. Brasiello, s.v. *Incesto. Diritto romano*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 8, Utet, Torino 1962, pp. 499-500; A. Guarino, *Studi sull'incestum*, in *ZRG*, 63 (1943), pp. 175-267; S. Puliatti, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Giuffrè, Milano 2001.

⁵⁰ Sulla nozione di *conubium* (o *connubium*) si vedano la voce di E. Volterra, *La nozione giuridica del conubium*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. 2, Giuffrè, Milano 1950, pp. 347-384 (= *Scritti giuridici*, vol. 2, *Famiglia e successioni*, Jovene, Napoli 1991, pp. 283-320). Sempre sul *conubium* si veda inoltre S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, L'Erma di Bretschneider, Roma 1972, in particolare il primo paragrafo (*Il 'conubium'*) del capitolo III (*Requisiti del matrimonio*), pp. 35-44. Come di consueto, si segnalano anche i riferimenti utili per confrontare la trattazione manualistica dell'elemento del *conubium*: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 439 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 33, 36, 151; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 137; G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, cit., pp. 155 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., p. 562; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 224 ss.; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, cit.; pp. 456 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 432; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 242; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., pp. 89, 96; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 104, 138, 154; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 650 ss.

formare con una data persona di sesso diverso un'unione coniugale avente valore giuridico»⁵¹.

Il requisito del *conubium* e le questioni relative alla sua presenza persero rilievo in larga misura⁵² dopo l'editto di Antonino Caracalla (*Constitutio Antoniniana*) del 212 d.C., il quale estese la cittadinanza a tutti gli abitanti dell'Impero. Indiretta conferma di ciò è offerta, peraltro, da Ulpiano, il quale nei suoi libri di commento alla *lex Iulia de adulteriis* – scritti dopo la morte dell'imperatore Antonino Caracalla –⁵³ non cita la peregrina tra le *uxores iniustae* contro le quali è possibile esperire l'*accusatio adulterii*⁵⁴.

Infine, il suggello definitivo circa l'irrelevanza del *conubium* nel diritto di età postclassica giunse con l'imperatore Giustiniano, il quale nelle *Institutiones*, nell'elencare i requisiti delle *iustae nuptiae*, non menziona il *conubium*, limitandosi ad affermare che «*Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt*»⁵⁵.

⁵¹ E. Volterra, *La nozione giuridica del conubium*, cit., pp. 349 ss.: Volterra considerava il *conubium* uno dei requisiti per la costituzione di un *matrimonium iustum*, assieme agli altri (pubertà e consenso). Questa impostazione non risulta però unanimemente condivisa, come dimostrano le diverse visioni di P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. 1, *Diritto di famiglia*, in G. Bonfante e G. Crifò (a cura di), *Opere complete di Pietro Bonfante*, vol. 3, Giuffrè, Milano 1963 (rist. corr. dell'ed. Sampaolesi, Roma 1925¹), p. 195, per cui il *conubium* si realizzerebbe nel caso di esistenza di tutte le condizioni per la validità del matrimonio. Da altri, poi, il *conubium* è posto in relazione alla violazione della *lex Iulia de maritandis ordinibus*: cfr. R. Fiori, *La struttura del matrimonio romano*, in *BIDR*, 105 (2011), pp. 197-233, in particolare pp. 217 ss.

⁵² Abbiamo detto che il problema perde rilievo 'in larga misura' e non 'del tutto' in ragione del fatto che alcune categorie di persone furono escluse dalla concessione del beneficio della cittadinanza. Il possesso o meno dello *ius civitatis* peraltro, oltre ad incidere sulla *iustitia* del *matrimonium*, aveva ricadute rilevanti – come vedremo – anche in ordine allo *status* giuridico della filiazione. Sul tema e, in particolare, sull'attribuzione della cittadinanza ai figli dei peregrini, si veda lo studio di E. Volterra, *Sulla condizione dei figli dei peregrini cui veniva concessa la cittadinanza romana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. 2, Giuffrè, Milano 1951, pp. 645-672. In argomento ci preme menzionare anche il recente lavoro di A. Palma, *Civitas romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Giappichelli, Torino 2020, in particolare pp. 48 ss. relativamente ai rapporti tra *status civitatis* e *patria potestas*.

⁵³ D. 48.5.14(13).1 (Ulp. 2 *de adult.*): «*Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant. Οὐ μόνον φιλέουσ' ἄλλοχος μερόπων ἀνθρώπων Ἀτρεΐδαι*».

⁵⁴ Sulla configurabilità del reato di adulterio in capo alla *uxor iniusta* e sulla possibilità di esperire la relativa accusa nei suoi confronti ci soffermeremo *infra*: par. 7.2.

⁵⁵ Inst. 1.10.1: «*Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes, sive patresfamilias sint sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet in tantum ut iussum parentis praecedere debeat. Unde quaesitum est, an furiosi filia nubere aut furiosi filius uxorem ducere possit? Cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiae furiosi filium quoque posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare secundum datum ex constitutione modum*».

4.1.2 Il consenso

Ai fini dell'instaurazione di un valido matrimonio è inoltre richiesto il consenso⁵⁶ degli sposi⁵⁷, validamente prestato dagli stessi o dai rispettivi *patres familias*, a seconda del loro *status* giuridico. Il *discrimen* naturalmente è individuato dalla condizione di soggetto *sui iuris* o *alieni iuris* del nubendo, come attestano chiaramente le parole del già citato passo di Ulpiano: «[...] *et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*»⁵⁸. Soltanto nel primo caso, infatti, gli sposi avrebbero potuto scegliere liberamente di unirsi in matrimonio, perché solo in quest'ipotesi gli stessi erano per l'ordinamento soggetti di diritto, giuridicamente capaci e dunque in grado di esprimere una volontà valida e produttiva di effetti giuridici. In caso contrario, tale prerogativa sarebbe spettata ai loro *patres*, unici soggetti provvisti di capacità giuridica e dunque i soli legittimati ad esprimere un consenso all'unione, così come alla conclusione di qualsiasi altro negozio. Con l'immediata conseguenza che, nell'ipotesi in cui i *patres* avessero opinato, più o meno motivatamente⁵⁹, che 'il matrimonio non s'aveva da fare', i *fili* non avrebbero potuto coltivare il loro sentimento, o quanto meno non avrebbero potuto suggerirlo con *iustae nuptiae*⁶⁰.

⁵⁶ D. 35.1.15 (Ulp. 35 *ad Sab.*): «*Cui fuerit sub hac condicione legatum "si in familia nupsisset", videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*».

⁵⁷ Sul consenso si veda E. Volterra, *Consensus facit nuptias*, cit.; P. Rasi, *Consensus facit nuptias*, Giuffrè, Milano 1946. Sempre sul principio del 'consensus facit nuptias', si veda anche P. Forlini, *I presupposti metagiuridici degli elementi fondamentali del matrimonio romano*, Lateran University Press, Città del Vaticano 2008, in particolare il par. 3.2.3 (Il principio 'consensus facit nuptias', pp. 127 ss.), dove l'Autrice cerca di mettere in evidenza l'importanza che negli scritti dei Padri della Chiesa greca e latina fu attribuita all'elemento del *consensus* degli sposi, considerato come vera e propria causa del matrimonio, rilevando come nella dottrina patristica è proprio la volontà manifestata dai coniugi e, più precisamente, il loro reciproco consenso iniziale a creare il matrimonio («*facit coniugium*»).

⁵⁸ *Tit. ex corp. Ulp.* 5.2.

⁵⁹ In verità, all'introduzione già con Augusto e, in particolare, con la sua *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) di un rimedio contro il rifiuto arbitrario del *paterfamilias* di prestare il proprio consenso alle nozze della figlia pare fare riferimento il frammento D. 23.2.19 (Marcian. 16 *instit.*): «*Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit*», dal quale ricaviamo che una costituzione degli imperatori Settimio Severo e Caracalla concedeva, in tal caso, alla figlia la facoltà di ricorrere al magistrato. Per un approfondimento del passo citato si veda l'esegesi effettuata da S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., pp. 48 ss.

⁶⁰ Questo almeno è quanto pare doversi concludere da ciò che ci riferisce Celso, il quale considera valido il matrimonio contratto dal *filius* a ciò costretto dal proprio *pater*. Cfr.: D. 23.2.22 (Cels. 15 *dig.*): «*Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur*». Sulle diverse ricostruzioni offerte dalla dottrina di questo passo, sospettato di interpolazione, e sul contrasto rispetto al contenuto di un altro frammento riportato nel Digesto e attribuito al giurista Terenzio Clemente [D. 23.2.21 (Clemen. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*): «*Non cogitur filius familias uxorem ducere*»] si rinvia a C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 2, pp. 461 ss.

Evidentemente la necessità del consenso paterno non era ispirata a logiche protettive dei figli, i quali in ragione della propria immaturità avrebbero potuto desiderare unioni sconsiderate. Piuttosto era dettata nell'interesse degli stessi *patres*, per scongiurare il rischio dell'incontrollato ingresso in famiglia di membri indesiderati⁶¹. Da quest'ultima considerazione può allora ricavarsi una profonda differenza nella sostanza che connota il *consensus* dei *filii* rispetto a quello dei *patres*. Se visto dal lato dei nubendi il consenso equivale alla volontà di prendersi come marito e moglie (e dunque all'elemento soggettivo dell'*affectio maritalis*), dal punto di vista dei *patres* esso corrisponde più esattamente alla prestazione dell'*auctoritas* da parte dell'unico ed esclusivo titolare della *potestas*, che lo rende il vero '*auctor*' del matrimonio⁶², nel senso che in presenza di un suo veto o in generale senza il suo *placet* il matrimonio non poteva dirsi validamente costituito⁶³.

D. 23.2.2 (Paul. 35 *ad ed.*): *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.*

D. 23.1.11 (Iul. 16 *dig.*): *Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet.*

Occorre infine rilevare che in verità il consenso esplicito del padre – sia al matrimonio sia ancor prima al fidanzamento (*sponsalia*)⁶⁴ – era richiesto soltanto

⁶¹ C. Longo, *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 1934, p. 163, il quale sottolinea la differenza dell'impostazione romana rispetto a quella oggi adottata dal nostro codice, dove il consenso degli ascendenti rispetto al matrimonio dei figli minori è sancito nell'esclusivo interesse di questi ultimi. Senza ambizione né possibilità di approfondire il discorso dal punto di vista civilistico, ci limitiamo a segnalare che il consenso genitoriale oggi è in verità divenuto un parere, dal momento che i genitori, che nel codice del 1942 erano effettivamente chiamati a prestare il proprio consenso al matrimonio dei figli infrasedicenni, a seguito della riforma del 1975 sono più semplicemente interpellati dallo stesso Tribunale, il quale, ai fini del rilascio del decreto che autorizza il matrimonio, deve obbligatoriamente sentire «il pubblico ministero, i genitori o il tutore» (art. 84 c.c.).

⁶² D. 23.2.3 (Paul. 1 *ad Sab.*): «*Si nepotem ex filio et neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse Pomponius scribit et verum est*»; D. 23.2.16.1 (Paul. 35 *ad ed.*): «*Nepote uxorem ducente et filius consentire debet: neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet*»; D. 23.2.9 pr. (Ulp. 26 *ad Sab.*): «*Si nepos uxorem velit ducere avo furente, omnimodo patris auctoritas erit necessaria: sed si pater furit, avus sapiat, sufficit avi voluntas*».

⁶³ Sulla diversa portata del *consensus* dei nubendi e dei loro *patres*, si vedano le osservazioni di C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 2, pp. 455 ss., la quale a sua volta opportunamente rinvia agli ampi studi di E. Volterra, *Quelques observations sur le mariage des filifamilias*, in *RIDA*, 1 (1948), pp. 213-242 (cfr. in particolare pp. 215 ss.); Id., *Lezioni*, p. 189; Id., s.v. *Matrimonio (diritto romano)*, cit., pp. 745 ss. (= *Scritti giuridici*, pp. 242 ss.); nonché a quelli di J. Gaudemet, *Justum matrimonium*, in *RIDA* 2 (1949) (*Mélanges Fernand De Visscher*, 1), pp. 309-366 (= *Études de droit romain*, vol. 3, *Vie familiale et vie sociale*, Jovene, Napoli 1979, pp. 105-162 = con il titolo *Le mariage en droit romain. Justum matrimonium*, in *Sociétés et mariage*, Cerdic, Strasbourg 1980, pp. 46-103), in particolare p. 320 (= *Études*, p. 116); O. Robleda, *El matrimonio en derecho romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Libreria Editrice Università Gregoriana, Roma 1970, p. 107. Si veda, infine, il recente contributo di G. Greco, *Il rifiuto della figlia alle nozze in diritto attico, ebraico e romano*, in *TSDP*, 11 (2018).

⁶⁴ Fra gli innumerevoli studi in materia di *sponsalia*, in questa sede ci limitiamo a richiamare la voce di E. Volterra, s.v. *Sponsali*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 6, Utet, Torino 1970, pp. 3-14, che segue il precedente studio: Id., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo*

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica nell'ipotesi in cui ad essere *alieni iuris* fosse il figlio maschio (*filiusfamilias*)⁶⁵, ladove per la *filiafamilias* era sufficiente che il genitore non dissentisse apertamente.

Il principio che sancisce una diversa entità del consenso richiesto e l'assimilazione, sotto tale profilo, del fidanzamento (*sponsalia*) al matrimonio vero e proprio (*nuptiae*) emerge chiaramente dalle parole di Paolo.

D. 23.1.7 (Paul. 35 *ad ed.*)⁶⁶: *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. Intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit.*

4.1.3 La pubertà e l'età dei nubendi

Conubium e consenso non esaurivano tuttavia la gamma dei requisiti necessari per l'instaurazione di un *matrimonium iustum*, essendo altresì richiesta un'età minima dei soggetti coinvolti, i quali dovevano avere raggiunto la soglia della pubertà. Quest'ultimo profilo desta forse meno stupore rispetto ai precedenti, dal momento che costituisce un aspetto che non segna una distanza troppo radicale dal nostro diritto moderno, il quale pure individua una soglia minima di età – com'è noto pari ai diciotto anni, salva l'ipotesi del minore emancipato, eccezionalmente autorizzato a sposarsi al compimento dei sedici anni⁶⁷ – al di sotto della quale non è possibile contrarre matrimonio.

Carlo Jemolo, vol. 4, *Filosofia del diritto, storia del diritto italiano, altre scienze giuridiche e storiche*, Giuffrè, Milano 1963, pp. 639-658 (= *Scritti giuridici*, vol. 2, *Famiglia e successioni*, Jovene, Napoli 1991, pp. 491-507). Per una nutrita bibliografia sul tema, rinviamo ancora una volta a C. Fayer, *La familia romana*, cit., in particolare il secondo volume, in cui l'Autrice, oltre ad approfondire la struttura del *matrimonium* e l'istituto della dote, dedica un'approfondita analisi anche al tema del fidanzamento e alla disciplina giuridica degli *sponsalia*.

⁶⁵ Se questo è vero in linea generale, è tuttavia possibile individuare un caso in cui il diritto classico riconosce al *filiusfamilias* la possibilità di unirsi in matrimonio pur senza il consenso del proprio *paterfamilias*: è il caso in cui quest'ultimo sia caduto in *captivitas*. Trifonino ci riferisce, infatti, che colui che è sotto la *potestas* di un *captivus* (*filius quem habuit in potestate captivus*) potrà contrarre matrimonio, dal momento che il *pater*, fintanto che si trova nella condizione di prigioniero di guerra, non potrà né consentire né dissentire alle nozze. Cfr. D. 49.15.12.3 (Tryph. 4 *disput.*): «*Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater eius non posset: nam utique nec dissentire. Susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate ut avi erit suusque heres ei quodammodo invito, cum nuptiis non consenserit. Non mirum, quia illius temporis condicio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat*». La libertà che Trifonino riconosce al *filius* del *captivus* viene però in parte ridimensionata dalle parole di Ulpiano, il quale individua un lasso minimo di tempo, pari a tre anni, che avrebbe dovuto necessariamente intercorrere prima che il *filius* potesse sposarsi, prescindendo dal consenso del *pater*. Cfr. D. 3.2.9.1 (Ulp. 26 *ad Sab.*): «*Is cuius pater ab hostibus captus est, si non intra triennium revertatur, uxorem ducere potest*». Sulla apparente contraddizione tra i due passi presi in esame e sulla non genuinità dell'inciso che introduce tale termine triennale, tuttavia, si veda quanto osservato da S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., pp. 51 ss., il quale ritiene che il passo ulpiano sia stato oggetto di interpolazione da parte dei compilatori, che avrebbero aggiunto nel testo classico le parole «*si non intra triennium revertatur*», delle quali l'Autore suggerisce di non tener conto, dal momento che sopprimendole «la coincidenza dell'insegnamento di Ulpiano con quello di Trifonino diventa perfetta».

⁶⁶ Sul principio citato si veda ancora S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., p. 48.

⁶⁷ Il nostro codice civile, all'art. 84 c.c., rubricato 'Età' (contenuto nella prima sezione del terzo capo del sesto titolo del primo libro del codice, nella quale sono elencate le condizioni per contrarre matrimonio

Tale aspetto appare inoltre del tutto coerente con la prioritaria funzione dell'istituto matrimoniale, ossia – come più volte ribadito – la procreazione. Se il matrimonio è preordinato alla generazione della prole (*liberorum procreandorum o quaerendorum causa*) non avrebbe senso parlare di *matrimonium* rispetto a soggetti che, in virtù della propria immaturità fisica, non possiedono ancora una simile attitudine procreativa. È allora naturale che il matrimonio si possa configurare soltanto in presenza di un'unione in grado di assolvere al compito per la quale è concepita: e tale può essere soltanto quella che vede protagonisti due soggetti puberi, che hanno raggiunto un grado di maturità sessuale sufficiente a consentire la riproduzione biologica⁶⁸. Un'unione instaurata prima di tale momento, al contrario, sarebbe evidentemente priva di quell'utilità pratica che l'ordinamento riconosce come fondamentale per la creazione di un nucleo familiare e, su un livello più alto, per la sopravvivenza della stessa *civitas (quasi seminarium rei publicae)*⁶⁹.

Occorre dunque notare che, pur costituendo la previsione di un limite minimo di età un aspetto che accomuna il diritto di 'oggi' e di 'ieri', profondamente diversa è la ragione che lo giustifica. Per il mondo antico, infatti, la fissazione della soglia di età non è funzionale – come avviene nella logica moderna – alla salvaguardia e alla tutela psico-fisica dei minori interessati, ma è piuttosto legato ad un'esigenza eminentemente pratica. L'obiettivo è quello di evitare che siano stipulati matrimoni che si rivelerebbero sostanzialmente inutili, in quanto inidonei a realizzare il fine ultimo che connota l'istituto matrimoniale: la procreazione⁷⁰. Il *matrimonium* contratto da persone impuberi è *iniustum*, dunque, non perché violi l'integrità e l'autodeterminazione dei soggetti coinvolti, ma piuttosto perché non è in grado di assolvere alla funzione cui è naturalmente e socialmente preordinato, in quanto inidoneo a generare figli e, di riflesso, a donare alla *civitas* nuovi *cives*.

Posto quindi che, per le ragioni appena esposte, il raggiungimento della pubertà ha sempre rappresentato un presupposto imprescindibile per la valida insaturazione di un'unione matrimoniale, questioni sono sorte invece in ordine al momento in cui il soggetto dovesse considerarsi pubere. A riguardo, nota è la disputa tra le due celebri scuole dei Sabiniani e dei Proculiani, per le quali la questione avrebbe dovuto

valido per il diritto civile) stabilisce che: «I minori di età non possono contrarre matrimonio» (comma 1); subito dopo però, al successivo comma 2, lo stesso articolo contempla un'eccezione, relativa al cosiddetto 'minore emancipato', ammettendo che: «Il tribunale, su istanza dell'interessato, accertata la sua maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in camera di consiglio ammettere per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto i sedici anni».

⁶⁸ Sull'argomento si rinvia a D. Dalla, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Giuffrè, Milano 1978, con recensione di M. Penta, *Rec. D. Dalla, L'incapacità sessuale in diritto romano*, in *Labeo*, 27 (1981), pp. 388-406.

⁶⁹ Cic., *De off.* 1.17.54: «*Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae*» (cfr. *supra*, par. 1 di questo capitolo).

⁷⁰ Ciò sarebbe confermato anche dal fatto che non possono contrarre *matrimonium iustum* quei soggetti che non sono in grado di procreare, sebbene dal seguente passo di Ulpiano sembrerebbe emergere una differenza tra gli eunuchi (*spadones*) e i *castrati*: D. 23.3.39.1 (Ulp. 33 *ad ed.*): «*Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit necne, ut in castrato dicas dotem non esse: in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est*».

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica essere risolta in maniera diversa⁷¹. In particolare, i sostenitori della prima consideravano l'accertamento della pubertà una *quaestio facti*, da appurarsi mediante l'*inspectio corporis*, ossia un esame compiuto caso per caso sui singoli soggetti per valutare se gli stessi avessero raggiunto o meno il livello di maturità fisica richiesto. I sostenitori della seconda, al contrario, ritenevano piuttosto opportuno che la pubertà dovesse fondarsi, anziché su un esame empirico, su un meccanismo di presunzione, legato al compimento di una certa età, *ex ante* individuata e fissata dalla legge (similmente a quanto avviene nel nostro ordinamento per il conseguimento della capacità di agire con la maggiore età, compiuti i diciotto anni)⁷². Detta diatriba risulta chiaramente dal seguente passo delle *Institutiones* di Gaio, dal quale emerge anche il contesto nel quale essa trovò origine, ossia l'individuazione del momento rilevante ai fini della liberazione dalla *tutela impuberum*.

Gai 1.196: *Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur: puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum, qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt; sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant, qui XIII annos explevit.*

La soglia di età presa come riferimento era, peraltro, diversa a seconda del genere, ritenendosi necessario il compimento dei quattordici anni per gli uomini e dei dodici anni per le donne⁷³. Anzi, per la verità la questione riguardò più che altro i soggetti di sesso maschile, dal momento che per le femmine pare che la soglia dei dodici anni fosse già condivisa dai giuristi antichi, come attesterebbe il seguente passo di Pomponio⁷⁴.

⁷¹ Accanto a queste due principali teorie, C. Fayer, *La familia romana*, cit., 2, p. 427 ne individua una terza – attribuibile forse a Nerazio Prisco – più rigorosa delle altre, «che riconosceva essere pubere solo colui che avesse compiuto i 14 anni e presentasse le modifiche morfologiche apportate dalla pubertà». Tale tesi è riportata dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, che la attribuiscono ad un certo Priscus, senza che sia possibile stabilire «se si tratti di Nerazio Prisco o di Giavoleno Prisco, l'uno proculiano, l'altro sabiniano, vissuti nel I-II sec. d.C.» (ivi, p. 427 nota 316): cfr. *Tit. ex corp. Ulp.* 11.28: «*Liberantur tutela masculi quidem pubertate: puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit; Proculeiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit; verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrat, et habitus corporis, et numerus annorum*».

⁷² Il raggiungimento della maggiore età ed il conseguente acquisto della capacità di agire sono disciplinati dal nostro codice civile all'art. 2 (*Maggiore età. Capacità di agire*): «La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa».

⁷³ Per quanto concerne invece le ulteriori sotto-articolazioni relative alle diverse fasi dell'impubertà, queste sono ben esplicate da Francesca Lamberti nel suo studio «*Su alcune distinzioni riguardo all'età impubere nelle fonti giuridiche romane*», contenuto in F. Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 51-89.

⁷⁴ Proprio commentando il citato passo di Pomponio, S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, cit., p. 45 afferma che «l'età di 12 anni per la femina risulta invece ammessa concordemente ab antico». Per quanto concerne la soglia dei 12 anni di età in rapporto agli *sponsalia* si veda, inoltre, quanto lo stesso Autore osserva in merito ai seguenti brani: D. 23.1.9 (Ulp. 35 ad ed.): «*Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint, ante duodecimum annum si fuerint nuptiae collatae. Et semper Labeonis sententiam pro-*

D. 23.2.4 (Pomp. 3 *ad Sab.*): *Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos.*

La ragione di ciò probabilmente risiede nella volontà – che trova voce attraverso le parole di Giustiniano – di evitare alle donne la pratica della *inspectio corporis*, che doveva apparire già agli antichi impudica e poco dignitosa («*quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est*»⁷⁵), in quanto si traduceva in una «*indecora observatio*» e «*inhonesta indagatio*»⁷⁶.

Quanto agli uomini, invece, fra le due opposte teorie citate prevalse infine quella dei Proculiani, poi definitivamente accolta e suggellata dal diritto giustiniano⁷⁷.

4.2 Il *matrimonium iniustum* per violazione dei divieti legislativi

Finora abbiamo preso in considerazioni i casi in cui il *matrimonium* era considerato *iniustum* per carenza di uno dei requisiti richiesti dal *ius civile*. Come accennato, però, l'*iniustitia* del *matrimonium* poteva derivare anche da ragioni diverse, rinvenenti la loro fonte non nel *ius*, bensì nella *lex*. Nel corso del principato e di tutta l'età imperiale numerosi furono infatti i provvedimenti normativi che introdussero divieti specifici rivolti a determinate categorie di soggetti, che, in virtù del proprio *status*, della propria professione o del proprio contengo, videro ridotta o preclusa la possibilità di contrarre matrimonio. Tali impedimenti per lo più erano ispirati a «ra-

bavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est non videri sponsalia facta. Quam sententiam Papinianus quoque probat»; D. 24.1.32.27 (Ulp. 33 *ad Sab.*): «*Si quis sponsam habuerit, deinde eandem uxorem duxerit cum non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factae valeant, videamus. Et Iulianus tractat hanc quaestionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immaturo sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. Sed est verius, quod Labeoni videtur et a nobis et a Papiniano libro decimo quaestionum probatum est, ut, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis iam uxorem esse putet qui duxit, si vero non praecesserint, neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt. Ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio: si minus, nulla est, quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit et ideo nec oratio locum habebit*». Sul tema dell'età necessaria per il fidanzamento si veda anche il recente saggio di Francesca Lamberti: «L'età per fidanzarsi nei 'libri differentiarum' di Modestino», contenuto in F. Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti*: cit., pp. 91-102.

⁷⁵ Inst. 1.22 pr.: «*Pupilli pupillaeque cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur [...]*».

⁷⁶ C. 5.60.3: (Imp. Justinianus): «*Indecoram observationem in examinanda marum pubertate rescecantes iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quattuordecim annorum puberes existimentur, indignatione corporis inhonesta cessante*».

⁷⁷ Il riferimento è ancora a Inst. 1.22 pr. e C. 5.60.3, per i quali si vedano le due note precedenti.

gioni di convenienza e di decoro sociale» e dunque a «ragioni di opportunità pratica dettate da esigenze di ceto o dalla carica ricoperta»⁷⁸.

Il primo grande contributo in questa direzione provenne dalla legislazione familiare augustea⁷⁹, che rappresentò un importante strumento politico e sociale attraverso il quale l'imperatore intendeva restaurare l'integrità dei costumi: i *mores* infatti, soprattutto nell'ultima età repubblicana, avevano subito una forte decadenza, come dimostrano le numerose voci – prima fra tutte quella catoniana⁸⁰ – che da più parti denunciano la crescente immoralità dilagante nella *res publica*.

Attraverso la propria legislazione il *princeps* intendeva porre un freno a tali fenomeni e preservare l'integrità dell'istituto matrimoniale, ribadendo la sua fondamentale importanza con riferimento soprattutto alla finalità procreativa.

La prima legge che Ottaviano decise di emanare, nel 18 a.C., fu la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, che si proponeva come obiettivo, da un lato, quello di garantire la diffusione del matrimonio al fine di favorire soprattutto la crescita demografica⁸¹, dall'altro, quello di precisare i confini sociali delle unioni coniugali (il che

⁷⁸ Così motivano A. Lovato, S. Puliatti e L. Solidoro, *Diritto privato romano*, cit., p. 202.

⁷⁹ Specificamente dedicato ai divieti matrimoniali sanciti dalla normativa augustea è: E. Nardi, *Sui divieti matrimoniali delle leggi Augustee*, in *SDHI*, 7/1 (1941), pp. 112-146. Sulla legislazione familiare augustea si vedano anche: B. Biondi, *La legislazione di Augusto*, in *Conferenze augustee nel bimillenario della nascita*, Vita e Pensiero, Milano 1939, pp. 141-262; T. A. J. McGinn, *The Augustan Marriage Legislation and Social Practice: Elite Endogamy versus Male 'Marrying Down'*, in *Speculum iuris: Roman law as a reflection of social and economic life in antiquity*, University of Michigan Press, Ann Arbor 2002, pp. 46-93; Id., *The Marriage Legislation of Augustus: A Study in Reception*, in *Legal Roots*, 2 (2013), pp. 7-43; T. Spagnuolo Vigorita, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Jovene, Napoli 2010³; M. Zablocka, *Le modifiche introdotte nelle leggi matrimoniali augustee sotto la dinastia giulio-claudia*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 379-410.

⁸⁰ Catone, strenuo difensore delle tradizioni e dei costumi atavici di Roma, si batté con tutte le sue forze per ostacolare la corruzione dilagante nelle province. Profondamente contrario alla cultura greca, colpevole di corrompere gli antichi e sani valori ereditati dagli avi, osteggiò con determinazione il filellenismo degli Scipioni e, in generale, il processo di ellenizzazione conseguente alle conquiste orientali. Fu proprio durante l'anno in cui Catone ricoprì la carica di censore (184 a.C.) che questa sua lotta per l'integrità morale fu più duramente esibita, in particolare mediante la proposta di severissime norme contro gli sperperi ed il lusso e, viceversa, a favore di un ritorno ai costumi austeri di un tempo. Non a caso, Catone è passato alla storia come 'Catone il Censore' non soltanto per il fatto di aver ricoperto questa carica, ma soprattutto in ragione del suo carattere conservatore e del suo inflessibile rigore etico. Fra i tanti fenomeni che Catone cercò di contrastare, in questa sede assume particolare rilievo la battaglia da lui condotta contro l'emancipazione delle donne, anch'essa favorita a suo avviso dalla diffusione della filosofia ellenistica. A riguardo, si vedano le testimonianze tramandateci da Livio nell'*Ab Urbe condita* (Liv., *Ab Urb. cond.* 34.3.2) e da Aulo Gellio nelle *Notti Attiche* (Gell., *Noct. Att.* 10.23.5).

⁸¹ L'obiettivo di incremento demografico della politica augustea celava un fine ulteriore: la rimilitarizzazione. L'aumento della popolazione avrebbe, infatti, automaticamente comportato anche un aumento del numero dei soldati disponibili per intraprendere le campagne di conquista militare che Augusto aveva di mira. Il vero obiettivo della campagna demografica augustea è messo in luce polemicamente da Properzio, il quale afferma: «Dal nostro sangue non nascerà alcun soldato» (Prop. 2.7.14: «*Nullus de nostro sanguine miles erit*»). Properzio si inserisce nella linea di pensiero degli elegiaci romani, i quali «rifiutavano il *cursus honorum* e il conseguente impegno militare; e si dichiaravano pacifisti». Così si esprime F. Della Corte, *Le leges Iuliae e l'elegia romana*, in *ANRW*, 2, 30, 1 (1982), pp. 539-558 (in particolare p. 542), il quale nel proseguo cita a conferma alcuni versi dei più famosi poeti elegiaci latini: «*non natus idoneus armis*» (Tib. 1.6.29); «*pacem veneramus amantes*» (Prop. 3.5.1); «*nos odimus arma*» (Ovid., *Amor.* 3.2.49). Le testimonianze di questi autori che entrarono in aperta polemica con il

spiega anche il nome attribuito alla legge: ‘*de maritandis ordinibus*’). Fra i motivi che spinsero il *princeps* ad intervenire in tal senso vi era, in particolare, la crescita del numero degli schiavi scaturita dalle conquiste belliche, che aveva comportato un aumento delle manomissioni e conseguentemente della massa dei liberti. Con riferimento a questi ultimi, perciò, Augusto prevede un peculiare divieto, sancendo che né questi né i loro discendenti – pur essendo cittadini romani e come tali provvisti di *conubium* – potessero sposarsi o fidanzarsi («*ne ... sponsam uxoremve ... habeto*») con esponenti della classe senatoria⁸². Tale divieto risulta chiaramente dalle parole di Paolo, il quale riporta il contenuto della *lex Iulia*, che avrebbe vietato ai senatori, ai loro figli, nipoti e successivi discendenti di prendere come moglie (*nupta*), o anche soltanto come fidanzata (*sponsa*), una liberta o una persona i cui genitori si fossero dedicati alle arti sceniche (*ars ludicra*), nell’antichità considerate socialmente poco dignitose.

D. 23.2.44 pr. (Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Lege Iulia ita cavetur: Qui senator est quive filius neposve ex filio proneposve ex filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo libertinam aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit [...].*

Lo stesso divieto di matrimonio connesso all’esercizio dell’*ars ludicra* è poi ribadito al successivo paragrafo (n. 1) del medesimo frammento, nel quale viene peraltro sancito in via bidirezionale: la prescrizione è rivolta infatti sia ai senatori, cui è proibito unirsi con liberte e figlie di attori, sia ai liberti, ai quali è preclusa la possibilità di sposare le figlie di esponenti dell’ordine senatorio.

D. 23.2.44.1 (Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Hoc capite prohibetur senator libertinam ducere eamve, cuius pater materve artem ludicram fecerit: item libertinus senatoris filiam ducere.*

princeps non devono però indurci a credere che l’intera intelligenza dell’epoca fosse contraria alla politica augustea. Al contrario, non mancarono illustri intellettuali che appoggiarono in modo totale ed incondizionato il programma del *princeps*, propagandandone l’operato e lodandone i risultati. Fra questi Virgilio, Livio e Orazio, il quale fra l’altro, in quanto fautore della necessità di una rigenerazione etica e morale, accolse positivamente la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, che a suo avviso avrebbe contribuito a restituire alla *domus* la castità da tempo perduta. Cfr. Hor., *Carm.* 4.5.21-24.

⁸² Alla *lex Iulia de maritandis ordinibus* farà seguito nel 9 a.C. un’altra legge, la *lex Papia Poppaea nuptialis*, che integrava e modificava il contenuto della precedente, tanto che, stante l’analogia di contenuto, le leggi furono poi fuse in un testo unico: la *lex Iulia et Papia*. Questa introdusse una serie di obblighi e divieti in materia matrimoniale, corredati da premi e sanzioni che colpivano chi non si fosse sposato (*caelibes*) o non avesse avuto figli (*orbi*). Il programma legislativo fu, inoltre, accompagnato da una capillare propaganda volta ad esaltare la prolificità in ogni sua forma; tanto che Aulo Gellio racconta che il *princeps* avrebbe addirittura deciso di rendere omaggio ad una sua schiava che partorì cinque gemelli, sebbene sia questi ultimi sia la madre sopravvissero soltanto pochi giorni al parto. Cfr. Gell., *Noct. Att.* 10.2.2: «*Sed et divo Augusto imperante qui temporum eius historiam scripserunt ancillam Caesaris Augusti in agro Laurente peperisse quinque pueros dicunt eosque pauculos dies vixisse; matrem quoque eorum, non multo postquam peperit, mortuam monumentumque ei factum iussu Augusti in via Laurentina inque eo scriptum esse numerum pauperii eius, de quo diximus*».

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

La precisa volontà di estendere la preclusione anche alle figlie e alle ulteriori discendenti dei senatori era naturalmente volta a rafforzare la tutela dell'integrità dell'ordine sociale senatorio, il cui onore avrebbe potuto essere compromesso non soltanto dai suoi membri effettivi, ma altresì da condotte poco ragguardevoli delle relative discendenti. Non a caso, la disposizione augustea si rivolgeva direttamente anche a queste, con un divieto espresso in termini del tutto analoghi a quello previsto a carico dei loro padri. Ciò è confermato dal proseguo del *principium* del frammento di Paolo sopra citato, che in modo imperativo vieta alle *filiae* e alle nipoti dei senatori di essere 'nuptae' o 'sponsae' di liberti o di figli di attori.

D. 23.2.44 pr. (Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*): [...] *Neve senatoris filia neptisve ex filio proneptisve ex nepote filio nato nata libertino eive qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto.*

I medesimi impedimenti matrimoniali relativi all'ordine senatorio emergono inoltre dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, che fanno riferimento, accanto ai liberti e ai figli di chi «*artem ludicram fecerit*», anche ai soggetti «*corpore quaestum facientem*».

*Tit. ex corp. Ulp. 13.1: Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem libe-
rique eorum libertinas et quae ipsae quarumque pater materve artem ludicram fece-
rit, item corpore quaestum facientem.*

Il significato di quest'ultima espressione viene poi chiarito, come attenta dottrina ha rilevato, in un brano del Digesto attribuito allo stesso Ulpiano, dal quale emerge che le donne «*quae corpore quaestum faciunt*» sarebbero «non solo le prostitute, ma anche le ex prostitute e le *lenae*, cioè coloro che sfruttano la prostituzione, intendendo come tali tutte coloro che *hoc vitae genus exercent*»⁸³.

L'inciso finale del brano appena citato non appare invece nel successivo frammento dei medesimi *Tituli*, che, nel riportare i divieti matrimoniali rivolti a tutti gli altri uomini liberi (*ceteri ingenui*), non fa riferimento al «*corpore quaestum facere*». Quest'ultimo aspetto ha diviso la dottrina in merito all'ipotesi di un'eventuale interpolazione del passo; questioni sono sorte anche circa l'effettiva estensione del divie-

⁸³ Le parole riportate sono di M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., p. 108, la quale richiama a chiarimento dell'espressione «*corpore quaestum facientem*» i frammenti 4 e 6 di D. 23.2.43.4-6 (Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*): «4. *Non solum autem ea quae facit, verum ea quoque quae fecit, etsi facere desiit, lege notatur: neque enim aboletur turpitude, quae postea intermissa est. [...] 6. Lenocinium facere non minus est quam corpore quaestum exercere*». Con queste parole il giurista intende completare e chiarire ulteriormente quanto affermato nei due frammenti iniziali (D. 23.2.43 pr.-1): «pr. *Palam quaestum facere dicemus non tantum eam, quae in lupanario se prostituat, verum etiam si qua (ut adsolet) in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcat. 1. Palam autem sic accipimus passim, hoc est sine dilectu: non si qua adulteris vel stupratoribus se committit, sed quae vicem prostitutae sustinet*».

to di matrimonio con le prostitute, non essendo chiaro se fosse limitato ai soli senatori o viceversa rivolto in generale a tutti gli ingenui⁸⁴.

Tit. ex corp. Ulp. 13.2: Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, et a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et iudicio publico damnatam, et quae artem ludicram fecerit: adicit Mauricianus et a senatu damnatam.

Merita segnalare, inoltre, il riferimento alle donne condannate in giudizio pubblico per il reato di adulterio – sul quale avremo modo di soffermarci meglio *infra* – le quali pure venivano sanzionate, tra l'altro, attraverso l'impedimento matrimoniale. Da questo punto di vista, infatti, le adulate erano equiparate alle prostitute, alle meretrici e alle cosiddette mezzane⁸⁵, le quali erano complessivamente indicate con l'espressione '*feminae probrosae*'⁸⁶ – nel cui ambito venivano fatte rientrare anche le attrici – in quanto tutte donne connotate da una condotta riprovevole e *lato sensu* 'vergognosa'⁸⁷.

Ulteriori impedimenti matrimoniali furono poi previsti dalla legislazione emanata dagli imperatori nei secoli successivi, che proibirono ad esempio l'unione tra la pupilla ed il proprio tutore e, inoltre, quella dei funzionari – governatori o comandanti militari – con le donne residenti nelle province da essi amministrare.

Per quanto concerne il divieto relativo all'unione fra tutore e pupilla⁸⁸ il principale riferimento è rappresentato da un passo di Marciano, il quale è stato tuttavia sospettato di interpolazione, principalmente in ragione del riferimento alla possibilità di esperire l'*accusatio adulterii*. È stato, infatti, osservato che, non essendo la pupil-

⁸⁴ Sul punto si rinvia a M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., p. 110 e alla relativa bibliografia ivi individuata.

⁸⁵ Il termine 'mezzana' è in genere riferito alle donne che facevano da tramite o comunque agevolavano e favorivano incontri o relazioni amorose illecite, specialmente se dietro corrispettivo di denaro. Questo spiega perché tale figura fosse ritenuta più o meno direttamente connessa all'esercizio della prostituzione o a condotte sessuali riprovevoli e vietate.

⁸⁶ L'aggettivo '*probrosae*' riferito a '*feminae*' viene messo in rapporto di diretta derivazione dal termine '*probrum*' da M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., p. 111 nota 11, la quale ritiene che l'aggettivo esprimerebbe un significato di «vergogna o bruttura», più volte attestato dalle parole dei giuristi: D. 23.2.41 pr. (Marc. 26 dig.): «*Probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent volgoque quaestum facerent, etiamsi non palam*»; D. 50.16.42 (Ulp. 57 ad ed.): «*Probrum et obprobrum idem est. Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis. Ut puta furtum, adulterium natura turpe est: enimvero tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere*».

⁸⁷ Nei confronti di tali categorie di donne non avevano dunque ragione di essere le sanzioni in punto di incapacità ereditaria previste – come *supra* accennato (cfr. nota 81) – a carico dei celibi dalla *lex Iulia et Papia*, dalle quali dunque le stesse erano espressamente esonerate.

⁸⁸ Per la dottrina che, sulla scia di Edoardo Volterra, reputa il matrimonio invalido (nullo o inesistente), si vedano: L. Desanti, *Costantino e il matrimonio fra tutore e pupilla*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 443-463; M. Scognamiglio, *L'analogia tra tutor e qui officium in provincia gerebat: osservazioni sull'amministrazione provinciale in età classica*, in F. M. D'Ippolito (a cura di), *Philia: scritti per Genaro Franciosi*, vol. 4, Satura, Napoli 2007, pp. 2437-2472; e inoltre R. Astolfi, *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo impero*, cit., pp. 334 ss., secondo cui il matrimonio sarebbe nullo. Il matrimonio sarebbe colpito da nullità anche secondo R. Fiori, *La struttura del matrimonio romano*, cit., pp. 214 ss., ad avviso del quale si tratterebbe però di nullità relativa e non assoluta, in quanto contratto contro la volontà della donna (analogamente a quello del funzionario).

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica
la una donna sposata, la relazione da questa intrattenuta col proprio tutore non dovrebbe tecnicamente qualificarsi come 'adulterium', ma piuttosto come 'stuprum'⁸⁹.

D. 48.5.7 (Marcian. 10 *inst.*): *Qui pupillam suam duxit uxorem contra senatus consultum, nec matrimonium est hoc et potest adulterii accusari, qui tutor vel curator fuit et intra vicensimum sextum annum duxit uxorem non a patre desponsam vel destinatum vel testamento denominatum.*

Con riferimento, invece, al divieto di matrimonio per il funzionario provinciale ci limitiamo a citare un brano di Paolo, sul quale si è recentemente soffermata la dottrina che, contrapponendosi a quanti hanno ritenuto il passo interpolato, ne ha proposto una diversa lettura⁹⁰, che peraltro si collega al divieto di donazioni tra coniugi, sul quale ci riserviamo di tornare a breve. Al centro della discussione si pone, in particolare, l'affermazione relativa alla legittimità dei figli nati dopo la dismissione dell'ufficio («*postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse*»), dalla quale dovrebbe desumersi la presenza dell'*affectio maritalis* anche laddove il *matrimonium* non fosse *iustum*.

D. 23.2.65 pr.-1 (Paul. 7 *respons.*): pr. *Eos, qui in patria sua militant, non videri contra mandata ex eadem provincia uxorem ducere idque etiam quibusdam mandatis contineri. 1. Idem eodem. Respondit mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse.*

Non ci soffermiamo, infine, sulle peculiarità concernenti il matrimonio dei militari e sui divieti che Svetonio⁹¹ riferisce ai soldati – divieti che, peraltro, sembrereb-

⁸⁹ Di diverso avviso, tuttavia, M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., pp. 117 ss. la quale reputa poco convincente la tesi avanzata da Lucetta Desanti (L. Desanti, *Costantino e il matrimonio fra tutore e pupilla*, cit., pp. 452 ss.; Id., *Interpellare de stupro e iniuriae in corpus: P.S. 5, 4, 4*, in *AUFE*, 4 (1990), pp. 129-142), che propone di sostituire il termine 'adulterium' con 'stuprum': per la compiuta esposizione dei motivi a sostegno di tale obiezione, si rinvia alle pagine dell'Autrice (in particolare pp. 122-123).

⁹⁰ La nuova lettura cui facciamo riferimento è quella proposta da M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., pp. 132 ss., alla quale rinviamo per la compiuta esposizione del dibattito nonché per la relativa bibliografia, nell'ambito della quale ci limitiamo a citare, come oppositore della tesi interpolazionista – sostenuta invece, pur in modi diversi, da Scialoja, Bonfante e Beseler – E. Volterra, *Sull'unione coniugale del funzionario della provincia*, Germania 1972, p. 346.

⁹¹ Svet., *Caes.*, Aug. 2.24: «*In re militari et commutavit multa et instituit, atque etiam ad antiquum morem nonnulla revocavit. Disciplinam severissime rexit: ne legatorum quidem cuiquam, nisi gravate hibernisque demum mensibus, permisit uxorem intervisere. Equitem Romanum, quod duobus filiis adulescentibus causa detrectandi sacramenti pollices amputasset, ipsum bonaque subiecit hastae; quem tamen, quod imminere emptioni publicanos videbat, liberto suo addixit, ut relegatum in agros pro libero esse sineret. Decimam legionem contumacius parentem cum ignominia totam dimisit, item alias immodeste missionem postulantes citra commoda emeritorum praemiorum exauctoravit. Cohortes, si quae cecisissent loco, decimatas hordeo pavit. Centuriones statione deserta, itidem ut manipulares, capitali animadversione puniit, pro cetero delictorum genere variis ignominis adfecit, ut stare per totum diem iuberet ante praetorium, interdum tunicatos discinctosque, nonnumquam cum decempedis, vel etiam cespitem portantes».*

bero smentiti dalla compilazione giustiniana⁹² – per i quali ci pare opportuno rinviare agli studi che anche di recente la dottrina ha dedicato all'argomento⁹³.

Conclusa la ricognizione in ordine alle ipotesi qualificabili come *matrimonium iniustum* (per carenza dei presupposti giuridici o per violazione dei divieti legislativi), occorre adesso prendere in esame la diversa tipologia di unioni che con termine moderno abbiamo definito 'di fatto'; unioni che, a causa dell'assenza dell' *affectio maritalis*, quale essenziale requisito soggettivo del matrimonio romano, non potevano essere comprese nel significato neppure ampio di *matrimonium*: stiamo parlando, naturalmente, del concubinato.

5. Il concubinato: «*non omnis mulier iuncta viro uxor est viri*»

5.1 Il concubinato nel diritto italiano

Prima di affrontare il tema del concubinato all'interno dell'esperienza giuridica romana è opportuno premettere qualche breve considerazione in ordine a tale fenomeno così come era previsto nel nostro ordinamento⁹⁴. L'utilizzo dell'imperfetto 'era' non è casuale, dal momento che il concubinato è istituito che appartiene alla nostra storia giuridica passata, non trovando ormai più cittadinanza nel diritto vigente.

Volendo anzitutto cercare di inquadrare il fenomeno dal punto di vista definitorio, il termine concubinato⁹⁵ viene normalmente impiegato per indicare la convivenza fra uomo e donna al di fuori del matrimonio: esso, dunque, è una sorta di sinoni-

⁹² Cfr.: D. 23.2.35 (Pap. 6 *resp.*); D. 24.1.32.8 (Ulp. 33 *ad Sab.*); D. 29.1.7 (Ulp. 9 *ad Sab.*); D. 29.1.33 pr. (Tert. *sing. de castr. Pec.*); D. 49.17.6 (Ulp. 32 *ad Sab.*); D. 49.17.7 (Ulp. 33 *ad ed.*); D. 49.17.8 (Ulp. 45 *ad ed.*); D. 49.17.9 (Ulp. 4 *disp.*); D. 49.17.13 (Pap. 16 *quaest.*), C. 2.11.15 (Imp. Gordianus), C. 6.21.3 (Imp. Antoninus). Cfr. M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., p. 129 nota 51.

⁹³ Si veda, in particolare, il recente contributo di P. P. Onida, *Il matrimonio dei militari in età imperiale*, in *Diritto@Storia*, 14 (2016). Sul tema si veda anche M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., pp. 128 ss., in particolare cap. 3, par. 3 («*Il matrimonio del soldato*»).

⁹⁴ Sul concubinato nell'ambito dell'ordinamento moderno si vedano, relativamente al diritto civile: B. Brugi, *s.v. Concubinato (civile, storia del diritto)*, in *Dig. it.*, vol. 8/1, Utet, Torino 1896, pp. 468-526; G. Taranto, *s.v. Concubinato (civile)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 8, Utet, Torino 1967, pp. 1053-1055; G. Marini, *s.v. Concubinato. Diritto civile*, in *Noviss. dig. it., App.*, vol. 2, Utet, Torino 1981, pp. 320-322. Con riferimento, invece, al diritto penale: R. Gioffredi, *s.v. Concubinato (penale)*, in *N. dig. it.*, vol. 8, Utet, Torino 1938, pp. 707-709; A. Mancari, *s.v. Concubinato (penale)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 8, Utet, Torino 1967, pp. 1055-1059. Per quanto concerne il diritto canonico: P. G. Caron, *s.v. Concubinato (canonico)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 8, Utet, Torino 1967, pp. 1059-1063; inoltre, sulla questione dell'eventuale ammissione del concubinato da parte della Chiesa: G. C. Caselli, *Concubina pro uxore. Osservazioni in merito al c. 17 del primo concilio di Toledo*, in *Riv. stor. dir. it.*, 37-38 (1964-1965), pp. 163-220.

⁹⁵ La donna coinvolta nel concubinato è qualificata appunto 'concubina'. Dal punto di vista etimologico i termini 'concubinato' e 'concubina' derivano dal verbo latino '*concumbere*' (*concumbo, concumbis, concubui, concubitum, concumbere*), a sua volta composto da *con* (*cum*) e *cumbere* (*cupare*), cioè giacere a letto insieme.

mo arcaico della moderna convivenza *more uxorio*⁹⁶. Tuttavia, mentre quest'ultima si caratterizza per essere un'espressione sostanzialmente neutra e priva di disvalore alcuno, al contrario il termine 'concubinato' aveva una portata tendenzialmente negativa. Più nello specifico, il concubinato si concretizzava in passato in presenza di una relazione fattuale in cui una donna conviveva con un uomo, dal quale era normalmente mantenuta, senza però essere ad esso legata da alcun vincolo coniugale, essendo quest'ultimo già sposato con un'altra persona. Il concubinato era una situazione che dunque riguardava essenzialmente le donne, non essendo previsto un corrispondente maschile del fenomeno. Esso si fondava infatti sulla disuguaglianza di genere e sulla disparità nella relazione di coppia, nella quale l'uomo ricopriva una posizione dominante, sia dal punto di vista economico che sociale. Ciò non significa, però, che il concubinato implicasse uno stato di soggezione della donna all'arbitrio dell'uomo: si trattava infatti, al pari del matrimonio, di una scelta del tutto consensuale, anzi spesso ricercata dalla donna stessa, al fine di garantirsi un sostentamento economico da parte del compagno. Anche per questo motivo, il termine evoca nell'immaginario comune una relazione fondata su motivi economici più che affettivi e, in quanto tale, considerata socialmente disdicevole e generalmente disapprovata.

La connotazione negativa del fenomeno peraltro risulta confermata dal trattamento giuridico ad esso riservato dal nostro diritto penale, che lo considerava addirittura un reato. Il codice Rocco, infatti, all'articolo 560⁹⁷ puniva il marito che tenesse «una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove»: la fattispecie era dunque configurata dal punto di vista soggettivo come un reato proprio dell'uomo, nonostante il codice prevedesse l'estensione della pena anche alla concubina, complice dell'illecito⁹⁸. Per la donna, invece, la violazione del dovere di fedeltà coniugale configurava la diversa fattispecie di adulterio, reato previsto e punito all'articolo immediatamente precedente (art. 559 c.p.)⁹⁹. La differenza tra i due delitti era espressiva della discriminazione di genere che rappresentava il retaggio di un'epoca in cui la società e la famiglia erano connotate in senso maschilista e patriarcale, secondo un modello che nel 1930 non era stato ancora superato e che, non a caso, emerge anche da ulteriori disposizioni del codice penale¹⁰⁰. Le due fattispecie si ca-

⁹⁶ Non a caso, il corrispondente francese del termine – 'concubinage' – esprime proprio il concetto di convivenza *more uxorio* o di unione civile. Per un approfondimento sul significato e la storia di tale espressione, si rinvia alla relativa voce enciclopedica: s.v. *More uxorio*, in *N. dig. it.*, vol. 8, Utet, Torino 1939, pp. 755-757.

⁹⁷ Si riporta il testo dell'art. 560 c.p., che recava la rubrica 'concubinato': «Il marito, che tiene una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove, è punito con la reclusione fino a due anni. La concubina è punita con la stessa pena. Il delitto è punibile a querela della moglie».

⁹⁸ La previsione dell'applicazione della medesima pena prevista per il marito e per la moglie infedele al complice del loro tradimento (ossia, da un lato, alla concubina e, dall'altro, all'amante dell'adultera) è l'unico aspetto che accomuna i due diversi reati di adulterio e concubinato (cfr. artt. 559 e 560 c.p.).

⁹⁹ L'art. 559 c.p., rubricato 'adulterio', così recitava: «La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il correo dell'adultera. La pena è della reclusione fino a due anni nel caso di relazione adulterina. Il delitto è punibile a querela del marito».

¹⁰⁰ Il riferimento è ai cosiddetti 'delitti per causa d'onore', cioè quei delitti commessi per salvaguardare l'onore proprio o della famiglia, ai quali il codice Rocco riservava un trattamento di favore. Fra tali reati – che furono abrogati soltanto dalla legge n. 442 del 5 agosto 1981 – merita citare l'articolo 587, che

ratterizzavano infatti per una diversa gravità e, conseguentemente, per una differente entità della pena: mentre l'adulterio femminile era punito anche in presenza di un solo episodio, naturalmente aggravato laddove reiterato e sfociato in una 'stabile' relazione adulterina, al contrario l'infedeltà maschile, se occasionale, non era considerata penalmente rilevante. Per il marito l'irrogazione della sanzione esige la *diuturnitas*, ossia la continuità del rapporto, che doveva peraltro emergere in maniera manifesta: il codice richiedeva, infatti, che la relazione fosse consacrata dalla coabitazione della concubina nella casa coniugale o che fosse comunque resa altrimenti 'notoria'.

Tale situazione di evidente disparità, cristallizzata nel codice penale del 1930, non poteva reggere al vaglio dei nuovi principi elaborati in seno all'Assemblea costituente, rispetto ai quali non tardò a manifestare la propria inadeguatezza. Tuttavia, alla definitiva abrogazione si giunse oltre vent'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione: furono due sentenze del dicembre 1969 a dichiarare costituzionalmente illegittimi i citati articoli¹⁰¹, eliminando così definitivamente i reati di adulterio e di concubinato dal nostro codice penale¹⁰² e segnando una tappa decisiva in favore del processo di progressiva evoluzione dell'ordinamento verso la parità di genere.

A seguito dell'intervento della Corte costituzionale, dunque, il termine concubinato è stato cancellato dal nostro vocabolario giuridico e ad esso è subentrato il diverso concetto di convivenza *more uxorio*, ulteriormente superata di recente da quello di convivenza o famiglia 'di fatto': espressioni che, pur indicando sostanzialmente lo stesso fenomeno, si caratterizzano per il loro diverso valore non solo semantico, ma soprattutto ideologico.

prevedeva uno sconto di pena in virtù dello «stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia» che aveva determinato il proposito omicida. (Art. 587 c.p.: «Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella»). L'argomento è stato studiato anche da Eva Cantarella, che ha prospettato un confronto diacronico tra la causa d'onore del codice Rocco e il regime repressivo introdotto da Augusto con la *lex Iulia de adulteriis*. Cfr. E. Cantarella, *La causa d'onore dalla lex Iulia al codice Rocco*, in *Testimonium amicitiae a Franco Pastori*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 71-94; E. Cantarella, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. 1, Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, Milano 1972, pp. 243-274 (riportato ora con qualche cambiamento in *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Giuffrè, Milano 1976, pp. 161-204). Sul tema si veda anche il saggio di P. Giunti, *Il dolore e l'offesa. La violenza di fronte al tradimento amoroso nell'esperienza della famiglia romana*, in *APG*, 2 (2015), pp. 129-146.

¹⁰¹ Si tratta delle sentenze della Corte costituzionale n. 126 del 19 dicembre 1968 e n. 147 del 3 dicembre 1969.

¹⁰² Mentre i reati di adulterio e di concubinato sono stati cancellati dal nostro ordinamento, è tutt'ora presente quello di bigamia: ciò in quanto il valore che quest'ultimo mira a tutelare non è, a differenza degli altri due, la fedeltà dei coniugi, ma piuttosto la certezza degli effetti giuridici derivanti dal matrimonio. Non a caso, il codice stabilisce che, laddove il primo matrimonio sia dichiarato nullo, il reato di bigamia dovrà essere dichiarato estinto e l'imputato, conseguentemente, assolto (cfr. art. 556 c.p.).

5.2 Il concubinato nel diritto romano

Ripercorsa brevemente la nozione e la storia giuridica del concubinato nel diritto moderno, occorre adesso prendere coscienza di quale fosse il suo significato nell'ambito dell'ordinamento giuridico romano. A riguardo occorre subito avvertire che il concubinato¹⁰³, che per noi – come appena visto – ricopre un valore indubbiamente negativo e socialmente riprovevole, nel diritto romano rappresentava invece una prassi piuttosto diffusa e, almeno nella maggior parte dei casi, non disapprovata dalla società¹⁰⁴. Non era infatti inusuale che un uomo, oltre ad avere una moglie (*uxor*), avesse anche una *concubina*, senza che questo destasse alcun tipo di scalpore o screditasse la sua reputazione.

Questa circostanza, tanto estranea alla nostra mentalità, potrebbe indurci a pensare che la società romana ammettesse la bigamia¹⁰⁵, soprattutto tenuto conto del fatto che dall'esterno il concubinato non doveva apparire poi tanto diverso dal *matrimonium*. Esso si concretizzava in una convivenza del tutto simile a quella coniugale, spesso anche connotata da quello stesso requisito della stabilità che era richiesto per la validità del matrimonio, senza che tuttavia si risolvesse in un'unione ad esso assimilabile. Non tutte le convivenze stabili erano infatti qualificabili come '*matrimonium*' e, correlativamente, non ogni donna che abitasse assieme ad un uomo era per ciò solo considerabile sua '*uxor*': «*non omnis mulier iuncta viro uxor est viri*»¹⁰⁶.

¹⁰³ Per la trattazione del concubinato all'interno dei principali manuali di diritto romano, si vedano: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 462 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 162 ss.; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 244 ss.; G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, cit., pp. 147 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 572 ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 227; G. Nicosia, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, cit., p. 465; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 435; G. Pugliese, F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 243; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., p. 96; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 134 ss., 154; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 675 ss. Per alcuni contributi dottrinali in tema di concubinato, si vedano, oltre a C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari*, vol. 3, *Concubinato Divorzio Adulterio*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2005, anche: G. C. Caselli, *Concubina pro uxore*, cit.; G. Castelli, *Il concubinato e la legislazione augustea*, in *BIDR*, 27 (1914), pp. 55-71 (= *Scritti giuridici*, Hoepli, Milano 1923, pp. 143-163); T. A. J. McGinn, *Concubinage and the 'lex Iulia' on Adultery*, in *TAPhA*, 121 (1991), pp. 335-375; A. Rousselle, *Concubinat et adultere*, in *Opus*, 3 (1984), pp. 75-84; L. Sandirocco, *Il concubinato nella tarda antichità tra legge laica e visione religiosa*, in *Labeo* 50 (2004), pp. 197-230.

¹⁰⁴ Il concubinato era, infatti, una prassi pacificamente diffusa nella maggioranza delle società antiche, comprese quella romana e quella greca. In particolare, nel diritto attico, la concubina aveva un ruolo sociale preciso, che la differenziava sia dall'etera, sia dalla moglie. A differenza della prima, infatti, la concubina viveva nella casa del proprio compagno, alla stregua di una moglie; diversamente da quest'ultima, però, non essendo legata all'uomo da un valido vincolo giuridico, non generava prole legittima e non partecipava dello *status* sociale del marito.

¹⁰⁵ E. Volterra, *Per lo studio del reato di bigamia*, in E. Albertario (a cura di), *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Giuffrè, Milano 1934, pp. 387-447; E. Volterra, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *Scritti giuridici*, vol. 7, *Diritto criminale e diritti dell'antico oriente mediterraneo*, Jovene, Napoli 1999, pp. 209-267; R. Astolfi, *Sintesi della storia della bigamia in Roma*, in *SDHI*, 76 (2010), pp. 281-290.

¹⁰⁶ Tale principio sopravvivrà nei secoli e sarà ancora sancito da Ivone di Chartres. Il Vescovo lo inserì infatti nel suo *Decretum*, ossia una delle tre compilazioni (oltre alla *Panormia* e alla *Tripartita*) con cui

L'aspetto che caratterizzava il concubinato e che valeva, per ciò solo, a distinguere dal *matrimonium* era la «mancanza dell' *affectio maritalis*¹⁰⁷ e, conseguentemente, dell' *honor matrimonii*»: proprio in virtù della carenza di tali elementi «la donna non partecipava del rango e della dignità sociale dell'uomo e i suoi figli erano illegittimi»¹⁰⁸.

Il fatto che il concubinato fosse carente sotto il profilo dell' *affectio maritalis* ci permette dunque di escludere in radice l'ipotesi della bigamia, dal momento che, quanto meno da parte dell'uomo, non vi era affatto l'intenzione di tenere la *concubina* come 'seconda moglie'. Anzi, le storie di vita coniugale tramandateci dalle fonti ci attestano che a Roma il principio monogamico era fortemente riconosciuto ed applicato: da ciò consegue che, come rilevato dagli studi dedicati alla storia giuridica della bigamia, «il secondo matrimonio dell'uomo sposato era nullo e la donna che lo contraeva non ne diveniva moglie, ma era considerata soltanto e con proprietà la sua concubina»¹⁰⁹.

Da quanto detto, quindi, possiamo ricavare la definizione di concubinato e quella di concubina: il concubinato è la convivenza stabile tra un uomo e una donna che non si traduce in un matrimonio e la concubina, dunque, è la donna – come riferisce Paolo in un passo estratto dal commento alla *lex Iulia et Papia* – « *quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat*».

Peraltro, proprio il medesimo testo dal quale è tratta l'affermazione appena citata ci consegna alcuni chiarimenti terminologici e lessicali in ordine al vocabolo 'concubinato' e alle ulteriori denominazioni con cui lo stesso concetto veniva espresso dagli antichi.

D. 50.16.144 (Paul. 10 *ad l. Iul. et Pap.*): *Libro memorialium Massurius scribit "pellicem" apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam παλλακίην Graeci vocant.*

Il brano testimonia che la donna con cui un uomo intratteneva una relazione concubinaria, la quale generalmente era appunto denominata ' *concubina*', poteva però essere ricordata anche con altri appellativi, molti dei quali peraltro sono riscon-

tenò di armonizzare e compendiare le leggi canoniche, disperse in una miriade di collezioni e decreti (cfr. Ivo, *Decretum* 8.138).

¹⁰⁷ R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit.: «La presenza dell' *affectio maritalis* anche nel *matrimonium iniustum* lo distingue dal concubinato, nel quale manca. I concubini non intendono, infatti, avere figli *iusti*. L' *affectio maritalis*, essendo la volontà di avere figli legittimi, impone alla donna di averli soltanto dal marito. Qualora contravvenga a quest'obbligo, commette *adulterium*. Lo commette, se il *matrimonium* è *iustum*, ma lo commette anche se *iniustum*: l' *affectio maritalis* è la stessa in entrambi i casi. Quindi anche il *matrimonium iniustum* dà vita ad un rapporto giuridico, tutelato dal diritto criminale in caso di adulterio della donna. Ne consegue che, a differenza del *matrimonium iniustum*, il concubinato è un rapporto di fatto, perché manca dell' *affectio maritalis*». Si veda anche D. Quartuccio, *Sull'origine dell'"affectio maritalis"*, in *Labeo*, 24/1 (1978), pp. 51-56.

¹⁰⁸ C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 3, p. 11.

¹⁰⁹ R. Astolfi, *Sintesi della storia della bigamia in Roma*, cit., p. 281.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica
trabili «soprattutto nelle fonti epigrafiche, come *amica*, *coniux*, *contubernalis*, *hospita*, *focaria*»¹¹⁰.

A quelli appena citati Paolo ne aggiunge uno ulteriore, antico e molto particolare, ossia il termine '*pellex*', in relazione al quale il giurista ci spiega che Masurio Sabino scrive che '*pellex*' presso gli antichi era ritenuta colei che, pur non essendo moglie, viveva con un uomo: ossia colei che '*nunc*' – cioè al tempo in cui scrive il giurista – veniva indicata col '*nomen*' di '*amica*' o, un poco più dignitosamente, '*concupina*'. Dopodiché lo stesso Paolo aggiunge che Granio Flacco scrive che al suo tempo era chiamata comunemente '*pellex*' («*pellicem nunc volgo vocari*») colei che si univa ad un uomo sposato («*quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat*»), mentre alcuni utilizzavano tale termine per indicare la donna che abitava in casa come moglie pur senza aver mai contratto matrimonio («*quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit*»), cioè colei che i Greci chiamano «*παλλακήν*» («*quam παλλακήν Graeci vocant*»).

Per quanto concerne, poi, lo *status* di colei che viveva in una relazione di concubinato¹¹¹, normalmente la concubina era una donna che, per la propria posizione sociale, non avrebbe potuto rivestire nei confronti dell'uomo il ruolo di *uxor*. Questo è il motivo per cui la dottrina ha sostenuto che «là dove il matrimonio era possibile, ci si doveva sposare» e che soltanto «quando differenze sociali rendevano il matrimonio, se non impossibile, almeno sconveniente, si conviveva in concubinato». Tale conclusione risulterebbe confermata anche dal fatto che il concubinato normalmente si instaurava fra donne di origine servile (o comunque umile) e uomini di condizione sociale elevata, la cui immagine sarebbe stata indubbiamente screditata da un matrimonio con una donna di tale estrazione. Aspetto, quest'ultimo, che ci viene indirettamente confermato dalle parole di Ulpiano, il quale – a sua volta riportando e condividendo l'opinione di un altro giurista, Atilicino – afferma che si sarebbero potute tenere come concubine, senza timore di commettere reato, soltanto quelle donne con le quali non si commetteva *stuprum*; e queste donne, non a caso, sono proprio «quelle con le quali impossibile era il matrimonio»¹¹².

D. 25.7.1.1 (Ulp. 2 *ad l. Iul. et Pap.*): *Cum Atilicino Sentio et puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur.*

Il fatto che il concubinato trovasse spazio e diffusione proprio laddove non era ammesso il matrimonio ci consente, inoltre, di ricavare un'altra conclusione per quanto concerne la sua diffusione a seguito dell'avvento del principato.

¹¹⁰ C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 3, p. 14.

¹¹¹ Gli effetti del concubinato, con riferimento al profilo sociale e patrimoniale, sono stati recentemente così sintetizzati da S. A. Cristaldi, *Unioni non matrimoniali a Roma*, in F. Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Utet giuridica, San Mauro Torinese 2014, pp. 141-200, in particolare p. 177: «La posizione sociale della concubina è molto diversa da quella della moglie. Alla concubina non spetta l'appellativo di *uxor*, essa non partecipa al rango e alla dignità sociale del marito e non ha obblighi di fedeltà rispetto all'altro coniuge. Ella non è tenuta a dare una dote, né si applicano le disposizioni che regolano i rapporti patrimoniali tra coniugi. Può ricevere donazioni, ma non può nutrire aspettative ereditarie *ab intestato*».

¹¹² C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 3, p. 21.

Se da un lato la dottrina ritiene che il concubinato non fosse preso in considerazione dalla legislazione familiare augustea, dall'altro la stessa rileva come quella medesima legislazione ne avrebbe indirettamente favorito ed 'incoraggiato' la diffusione¹¹³: infatti, da una parte la *lex Iulia de adulteriis*, elencando le persone con cui sarebbe stato possibile avere rapporti sessuali senza incorrere in una pena, non vietava *in toto* le unioni extraconiugali; dall'altra la *lex Iulia et Papia Poppaea*, sancendo una serie di impedimenti matrimoniali di carattere sociale, consigliava quasi tacitamente di ricorrere in questi casi al concubinato. Rispetto alle donne con cui in base a tali divieti – peraltro ulteriormente estesi dalla legislazione imperiale di età classica – era proibito contrarre matrimonio, rimaneva tuttavia lecita l'unione extraconiugale, la quale veniva appunto ad integrare un'ipotesi di concubinato.

Da quanto finora osservato è possibile ricavare due dati certi: il primo è che l'assenza nel concubinato dell'*affectio maritalis*, costituente requisito essenziale del *matrimonium*, lascia emergere l'alterità ontologica delle due tipologie di unioni; quest'ultimo aspetto consente di escludere che il concubinato fosse un secondo matrimonio e di affermare piuttosto che lo stesso si collocasse *a latere* dell'unione coniugale, quasi come una sorta di 'accessorio'. Il secondo dato che occorre mettere in luce è che il concubinato pare porsi rispetto al *matrimonium* in rapporto di residualità, ricorrendovisi soltanto quando non fosse possibile o fosse altamente sconsigliabile che il legame con una certa persona fosse suggellato attraverso un vero e proprio *matrimonium*. Il che ci autorizza forse a configurare il concubinato, rispetto al *matrimonium*, come un'unione di livello secondario – potremmo dire, per usare il gergo sportivo, un'unione 'di serie b' – degradata sia socialmente sia giuridicamente rispetto al matrimonio.

Ferma restando la diversa natura dei due rapporti, che si rifletteva in un diverso rilievo sociale e giuridico, ciò non toglie che tuttavia dall'esterno potesse talvolta non risultare così agevole mantenere distinte le due realtà. Ciò soprattutto in ragione

¹¹³ Ad una sorta di incoraggiamento derivante dalla legislazione augustea verso il concubinato fa riferimento T. A. J. McGinn, *Concubinage and the 'lex Iulia' on Adultery*, cit., p. 338: «Finally, it is likely that the Augustan laws on adultery and marriage indirectly encouraged the rise of respectable concubinage as an institution recognised in its own right». Ma il pensiero era già stato espresso da A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 244-245, il quale dopo aver definito il concubinato rileva che «la sua estensione è dovuta alla legislazione matrimoniale augustea, la quale da un lato colpisce come *adulterium* o *stuprum* le relazioni extramatrimoniali con donne *ingenuae et honestae* [...], dall'altro introduce [...] una serie di divieti matrimoniali [...]»; nonché da P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. 1, *Diritto di famiglia*, cit., p. 315: «Il concubinato dal punto di vista sociale deve, se non la sua origine, certamente il suo dilagare alla legislazione augustea per cagione dei rigidi impedimenti di natura sociale posti dalla *lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus* alle unioni coniugali con donne di rango sociale inferiore, nonché alle fiere sanzioni comminate dalla *lex Iulia de adulteriis* alle unioni extraconiugali con donne *ingenuae et honestae*, cioè contro lo *stuprum* o *adulterium*; [...]». Cfr. anche ivi, p. 316: «La legislazione augustea non solo non riconosceva il concubinato, ma non doveva nemmeno farne menzione. Il concubinato (o meglio, la sua diffusione) è una conseguenza indiretta, ma fatale di quella legislazione. La *lex Iulia de adulteriis*, comminando le sue fiere sanzioni contro lo *stuprum* e l'*adulterium*, elencava una serie di persone vili, nell'orgoglioso spirito della società romana e in particolare della restaurazione augustea, *in quas stuprum non committitur*: la *lex Iulia et Papia Poppaea* stabiliva una serie di impedimenti matrimoniali di natura sociale. La prima apriva la possibilità, la seconda dava la spinta al concubinato».

del fatto che – come già rilevato – il concubinato si distingue dal matrimonio soprattutto per l'assenza di *affectio maritalis* e che, dunque, la differenza tra i due riposa pressoché unicamente sul diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo dei membri della coppia¹¹⁴. D'altra parte, che determinante ai fini della qualificazione dell'unione fosse l' *animus* dei suoi membri è testimoniato dalle fonti, fra cui si inserisce il seguente frammento di Paolo, il quale ritiene che la concubina dovesse essere considerata tale 'sulla base del solo proposito dell'animo'.

D. 25.7.4 (Paul. 19 *respons.*): *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.*

Ma, come la comune esperienza insegna, laddove la classificazione e l'inquadramento dei fenomeni è affidato all'elemento psicologico, tutto interno alla *mens* del soggetto, la stessa diviene immediatamente incerta e fraintendibile. Non a caso la dottrina ha in più occasioni sottolineato la difficoltà di discernere l' *affectio uxoris* dall' *affectio concubinae* e ha rilevato come la concubina, vivendo nella stessa casa dell'uomo ed essendo ad esso legata da un rapporto durevole, sebbene fattuale, in niente 'apparentemente' si differenzia dalla moglie; pertanto, la distinzione fra una *uxor* e una donna *uxoris loco* basata sull' *affectio maritalis*, teoricamente ineccepibile, nella pratica diviene evanescente e impalpabile, rischiando di «risolversi in una mera questione terminologica»¹¹⁵.

Tutto questo sembrerebbe confermare ancora una volta che il fenomeno delle unioni di fatto, intrinsecamente distinte dal matrimonio ma esteriormente da esso non dissimili, non sarebbe poi così distante concettualmente da quello dell'apparenza. Anzi, nel momento in cui il concubinato, proprio per il suo modo di manifestarsi all'esterno, rischia di dar luogo a fraintendimento, confusione ed «errore»¹¹⁶, lo stesso ben si presta ad essere inquadrato come espressione *lato sensu* della stessa, come d'altra parte già i primi studi in materia avevano in parte prospettato, affermando che lo stato di concubinato «non rare volte [...] si presenta con l'apparenza di una unione legittima»¹¹⁷.

¹¹⁴ Ciò sarà vero, come rileva A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 254, soprattutto a seguito dell'abrogazione delle disposizioni della legislazione augustea, che, così come renderà lecito «il matrimonio con donna di infima condizione sociale», renderà parimenti «possibile, se solennemente attestato, il concubinato con donna di elevata condizione, che non si configura più quale *stuprum*».

¹¹⁵ R. Quadrato, *Maris atque feminae coniunctio*, cit., p. 231: «Non è agevole “separare” l' *affectio uxoris* dall' *affectio concubinae*. Il discrimine è esile: “senza le nozze” la differenza fra la *uxor* e la donna *uxoris loco*, che è considerata “come moglie” vivendo nella stessa casa dell'uomo al quale è unita da un rapporto durevole anche se fattuale, sembra impalpabile: pare risolversi in una mera questione terminologica [...]».

¹¹⁶ Sulla rilevanza e sul ruolo ricoperto dall'errore nell'ambito della teoria dell'apparenza giuridica si rinvia alle osservazioni contenute nel capitolo 1, par. 4.1.

¹¹⁷ La citazione, già *supra* riportata, è di M. D'Amelio, *s.v. Apparenza del diritto*, cit., p. 717.

6. Il regime giuridico del *matrimonium* e delle diverse tipologie di unioni: gli effetti estendibili al *matrimonium iniustum* e al concubinato

6.1 Il regime giuridico della filiazione: *liberi naturales, filii legitimi iusti e iniusti*

Una volta descritte le diverse tipologie di relazioni di coppia contemplate e diffuse in Roma antica, possiamo adesso cercare di individuare, sempre alla luce degli indizi offertici dalle fonti in nostro possesso, quali fossero gli effetti giuridici che dalle stesse discendevano. In particolare, posto che l'unica unione matrimoniale riconosciuta dal *ius civile* era il *matrimonium iustum*, occorre valutare se e in che termini l'ordinamento romano estendesse anche alle altre tipologie di unioni (ed eventualmente entro quali limiti) gli effetti propri della prima.

A riguardo, consapevoli dell'impossibilità di affrontare in questa sede in modo completo ed esauriente una materia tanto ampia, ci limiteremo a considerare tre diversi aspetti, dal cui confronto dovrebbero emergere elementi utili per confermare la tesi prospettata.

Con questo obiettivo, abbiamo scelto di trattare *in primis* (in ragione della sua importanza, connessa come già evidenziato alla *ratio* stessa dell'unione coniugale) la disciplina della filiazione; in secondo luogo, ci soffermeremo sul regime giuridico patrimoniale che legava uomo e donna, con particolare riferimento alle conseguenze discendenti, sul piano non solo personale ma anche economico, dalla *conventio in manum* e al divieto di donazione fra coniugi; infine, con un 'salto' che ci tragherà da una branca del diritto (quello civil-privatistico) all'altra (quello penal-pubblicistico), i profili repressivi connessi alla violazione del dovere di fedeltà e conseguentemente all'imputabilità del reato di adulterio.

Con riferimento al primo ambito, abbiamo più volte ripetuto come il *matrimonium iustum* fosse il principale modello matrimoniale diffuso a Roma e, in particolare, come fosse il solo riconosciuto e tutelato dal *ius civile*. La priorità ad esso accordata emerge pacificamente se si confronta il trattamento giuridico riservato ai figli di una coppia di coniugi *iusti*, rispetto a quello proprio dei figli di persone non sposate con *iustae nuptiae* e, ancor più, di quelli nati da un'unione non matrimoniale.

Relativamente alla filiazione romana può infatti individuarsi una sorta di gradazione, che determina l'attribuzione ai nati di uno *status* diversificato a seconda del tipo di legame sussistente fra i genitori. In particolare, potremmo rappresentare i vari livelli come una sorta di piramide, ascendendo la quale si determina un progressivo potenziamento della tutela giuridica. In tale contesto, sul gradino più basso troviamo in generale tutti i *liberi naturales*¹¹⁸, espressione ambivalente che, come spesso ac-

¹¹⁸ Il termine '*liberi*' rappresenta, in gergo grammaticale e linguistico, il classico '*false friend*' o 'falso amico', espressione con cui in linguistica si è soliti indicare quei vocaboli o lemmi che, pur presentando una notevole somiglianza fonetica o morfologica con quelli propri di un'altra lingua, hanno tuttavia significato completamente diverso. Ciò è quanto avviene rispetto al termine latino '*liber*', che (non tanto al singolare '*liber*', ma al plurale '*liberi*') richiama la parola italiana 'libertà', individuando invece la categoria generale dei figli, comprensiva di quelli naturali e legittimi, ai quali soltanto è riservata, come vedremo, la qualifica (conforme all'omologo termine italiano moderno) di '*filii*'.

cade, è idonea ad identificare sia un *genus* che una *species*¹¹⁹. Con essa infatti le fonti qualificano in senso ampio (e dunque come *genus*) tutti i figli; allo stesso tempo, però, la stessa viene utilizzata in senso stretto (come *species*) per indicare i figli nati da unioni non suggellate dal matrimonio, quali quelli generati nell'ambito di un concubinato o di relazioni adulterine o altrimenti illecite, come ad esempio quelle frutto di *incestum*.

Dopodiché sui successivi gradini si pongono i *filii*, termine riservato unicamente ai nati da unioni identificabili come *matrimonium*. Tale generale qualifica non era tuttavia unitaria, realizzandosi al suo interno una scissione tra *filii iusti* e *filii iniusti*, del tutto corrispondente e speculare rispetto all'omonima e ormai nota distinzione tra le due diverse forme di *matrimonium*.

Da quanto appena affermato discende, dunque, il primo e principale effetto giuridico del *matrimonium iustum*, rappresentato dalla legittimità della prole. Soltanto i figli nati da un'unione connotata dai già ricordati requisiti richiesti dall'ordinamento (*conubium*, consenso, età), nonché rispettosa delle diverse prescrizioni legislative, erano considerati *filii iusti*; tale carattere non spettava invece ai figli nati da unioni, pur matrimoniali, ma *iniustae*.

Naturalmente la distinzione tra *filii iusti* e *iniusti*, lungi da risolversi in una mera questione terminologica, aveva risvolti giuridici non secondari, da essa discendendo anzitutto la posizione sociale del *filius*. A tale riguardo, occorre rilevare che un rapporto di parentela riconosciuto dal *ius civile* si veniva a creare unicamente per i *filii iusti*: il *filius* nato dalla *iusta uxor* ricadeva infatti nella *potestas* del *pater*, in quanto *vir iustus*, rispetto al quale dunque sorgeva un rapporto di *adgnatio*. La '*iustitia*' del matrimonio determinava, in sostanza, il sorgere di un legame di parentela giuridica tra *pater* e *filius*, ossia un vincolo di *adgnatio*, che rappresentava per il *ius civile vetus* l'unica linea parentale rilevante dal punto di vista giuridico. Essa determinava, anzitutto, l'ingresso nella *familia* paterna e l'acquisto del relativo *nomen*; ma, aspetto ancor più importante, il rapporto di *adgnatio* assumeva rilievo dal punto di vista successorio, facendo sorgere in capo all'*adgnatus* un'aspettativa ereditaria alla morte dell'ascendente.

¹¹⁹ Si vedano, come ulteriori esempi di vocaboli utilizzabili sia come *genus* sia come *species*, il termine *cognatio*, inteso in senso ampio come parentela di sangue e in senso stretto per indicare la parentela in linea femminile, come contrapposta a quella maschile rappresentata dall'*adgnatio*. Cfr. D. 38.10.10.4 (Paul. *sing. de grad. et adfin. et nom. eor.*): «*Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est*». Nonché l'*adoptio*, termine con cui le fonti individuano sia quella peculiare ipotesi di adozione rappresentata dall'*adoptio in iure*, con cui poteva essere adottato un soggetto *alieni iuris*, sia in senso ampio e generale il *genus* adozione, come comprensivo dell'*adoptio in iure* e dell'*adrogatio*, ossia la più antica forma di adozione rivolta ad un soggetto *sui iuris*. La distinzione emerge chiaramente dalle parole del giurista Modestino, il quale, dopo aver chiarito che la filiazione può sorgere da due percorsi (quello naturale e quello giuridico), introduce la suddetta precisazione terminologica in ordine al termine *adoptio*. Cfr. D. 1.7.1 pr. (Mod. 2 *reg.*): «*Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt*»; D. 1.7.1.1: «*Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. Adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt*». A riguardo, cfr. anche Gai 1.98-99.

D'altro canto, la sottoposizione alla *potestas* paterna rendeva il *filius* possibile destinatario delle diverse facoltà che da essa discendevano. Così, già al momento della nascita la sorte del *filius* era condizionata dalla *voluntas* paterna di accoglierlo o meno nella sua famiglia. Tale volontà era manifestata attraverso l'esercizio dello *ius tollendi*¹²⁰, ossia l'atto di sollevamento del figlio neonato da terra, a cui gli antichi attribuivano il significato del nostro moderno riconoscimento filiale. L'alternativa diametralmente opposta al '*tollere liberos*' era lasciare il bambino a terra: un gesto che simbolicamente indicava la scelta paterna di non riconoscere il figlio e dunque di abbandonarlo alla sua sorte. Tale possibilità era del tutto legittima e anzi rappresentava una delle facoltà – in questo caso quella di esporre il neonato (*ius exponendi*) – discendenti dalla *patria potestas*; una prerogativa paterna che, peraltro, il diritto romano manterrà fino all'epoca postclassica¹²¹.

Laddove accolto nella famiglia, il *filius* sarebbe stato soggetto a tutte le altre prerogative paterne¹²², che potevano giungere fino all'uccisione, essendo riconosciuto lo *ius vitae ac necis* nei confronti dei propri sottoposti¹²³. Al *pater* competeva,

¹²⁰ Varro, *De vita pop. Rom.* 2 (Non. 848): «*Natus si erat vitalis ac sublatus ab ostetrice statuebatur in terra [...]*»; Seneca Maior, *Contr.* 10.4.16: «*[...] multos patres exponere solitos inutiles partus*»; Seneca Maior, *Contr.* 10.4: «*Quidam expositos debilitabat et debilitatos mendicare cogebat ac mercedem exigebat ab eis*»; Ambr., *Hex.* 5.18.58: «*[...] pauperiores abiciunt parvulos et exponunt [...]*». Per approfondimenti e bibliografia rinviamo alla monumentale opera di C. Fayer, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, vol. 1, *La familia romana*, L'Erma di Bretschneider, Roma 1994; nonché al suo più recente lavoro, nato dalle dispense di corsi universitari, Id., *La vita familiare dei romani antichi. Dalla nascita al matrimonio*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2016, pp. 5 ss., nel quale l'Autrice offre una visione panoramica ed esaustiva della vita privata e familiare nell'antica Roma, soffermandosi sulla vita dei *pueri et puellae* dal giorno della nascita al giorno del matrimonio.

¹²¹ Lo *ius exponendi* rimarrà, infatti, anche nel diritto giustiniano. Pur nella estrema longevità di tale prerogativa, si registrarono nel corso dei secoli importanti mutamenti quanto allo *status* giuridico riconosciuto al *filius expositus*. In particolare, mentre da principio la sorte del bambino abbandonato era sempre e soltanto la schiavitù, divenendo egli *servus* di colui che lo aveva recuperato, nei successivi secoli si assistette ad una progressiva evoluzione, che portò dapprima, con Costantino, ad attribuire ai *recuperatores* la scelta in ordine alla condizione giuridica assegnata al recuperato; infine, con Giustiniano, al riconoscimento dello *status* di uomo libero a prescindere dalla volontà in tal senso di chi lo avesse trovato.

¹²² P. Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31 (1980), pp. 37-100 (= *Studi di diritto romano*, vol. 2, Cedam, Padova 1985, pp. 397-463).

¹²³ L'esistenza di un diritto di vita e di morte in capo al padre nei confronti dei figli non è oggetto di dubbio; maggiore incertezza si apre, invece, allorché si cerchi di individuarne l'origine, che le fonti sembrano riportare ad una legge di Romolo: Coll. 4.8.1 (*Pap. lib. sing. de adult.*): «*Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem [...]*». Sebbene un altro autore greco, Dionigi di Alicarnasso, nella sua opera *Ῥωμαϊκὴ ἀρχαιολογία* (= *Antiquitates Romanae*) ci dia notizia di un divieto di 'infanticidio' (da intendersi tecnicamente come l'uccisione dell'*infans*, ossia del bambino al di sotto di una certa soglia di età) attribuito allo stesso Romolo, il quale non avrebbe consentito ai padri di sopprimere i figli appena nati, ma esclusivamente di esporli in caso di deformità, peraltro constatata da almeno cinque testimoni. Cfr. Dionys., *Ant.* 2.15.2: «*Τεταγμένην μὲν οὖν καὶ κεκοσμημένην πρὸς εἰρήνην τε ἀποχρώντως καὶ πρὸς τὰ πολέμια ἐπιτηδείως ἐκ τούτων τῶν πολιτευμάτων τὴν πόλιν ὁ Ῥωμύλος ἀπειργάσατο, μεγάλην δὲ καὶ πολυάνθρωπον ἐκ τῶνδε· πρῶτον μὲν εἰς ἀνάγκην κατέστησε τοὺς οἰκίτορας αὐτῆς ἅπασαν ἄρρενα γενεὰν ἐκτρέφειν καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους, ἀποκτινύει δὲ μηδὲν τῶν γεννηομένων νεώτερον τριετούς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον ἢ τέρας εὐθὺς ἀπὸ γονῆς [...]*», riportata anche in *FIRA, Leges Regiae, Rom.* 1.4: «*Necessitatem imposuit Romulus civibus, omnem virilem prolem educare et filias primogenitas, necare vero nullum fetum triennio minorem, nisi*

inoltre, la facoltà di vendere il figlio (*ius vendendi*). L'esercizio di quest'ultima prerogativa divenne particolarmente frequente in occasione della pesante crisi economica che colpì Roma nel quinto secolo a.C., tanto da indurre i decemviri a porre rimedio attraverso l'introduzione nelle Dodici Tavole (*Leges Duodecim Tabularum*)¹²⁴ di un limite massimo di vendite consentite (pari a due), eccedute le quali il *pater* sarebbe stato 'punito' per la sua condotta abusiva¹²⁵; la sanzione consisteva nella perdita della *patria potestas*, con conseguente modifica dello *status* giuridico del *filius*, che da *alieni iuris* sarebbe divenuto *sui iuris*, ossia soggetto di diritto dotato di piena capacità giuridica¹²⁶.

natum mutilum aut monstrum statim post partum [...]». Sull'argomento si veda, da ultimo, lo studio di S. Tafaro, *Diritto alla vita e infanticidium*, in *Diritto@Storia*, 12 (2013), al quale rinviamo per i riferimenti bibliografici. Per ulteriori osservazioni sulle origini dello *ius vitae ac necis* e l'effettiva esistenza della presente legge romulea si veda P. Giunti, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Giuffrè, Milano 1990. Per approfondimenti e bibliografia, rinviamo ancora una volta a: C. Fayer, *La familia romana*, cit.; Id., *La vita familiare dei romani antichi*, cit., pp. 3 ss.

¹²⁴ Tab. 4.1: «*Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*». In merito a tale disposizione delle Dodici Tavole, che sanzionava la triplice vendita del figlio con la perdita della *patria potestas*, si veda anche: Gai 1.132; *Tit. ex corp. Ulp.* 10.1; Dionys., *Ant.* 2.27.1-3. A riguardo, rinviamo nuovamente alle osservazioni e alla bibliografia di: C. Fayer, *La familia romana*, cit.; Id., *La vita familiare dei romani antichi*, cit., pp. 6 ss.

¹²⁵ Per la qualificazione dell'utilizzo reiterato del diritto di vendita del figlio in termini di 'abuso del diritto' si veda F. Longchamps de Brier, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Giappichelli, Torino 2013, in particolare parte 2, cap. 1, par. 2 («*L'abuso del diritto nella vendita dei figli*», pp. 53 ss.). Per ulteriori approfondimenti sul tema, oggi ampiamente dibattuto, dell'abuso del diritto calato nell'ordinamento giuridico di Roma antica, si vedano inoltre la voce di G. Grosso, *s.v. Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, pp. 161-163; la monografia di C. Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 2002, la quale affronta il problema dell'abuso del diritto dal punto di vista processuale. In argomento è, inoltre, opportuno citare i contributi di: C. Masi Doria, *Libertà e abuso nel diritto romano*, in *Index*, 44 (2016), pp. 549-562; A. Caravaglios, *Non omne quod licet honestum est*, in *Index*, 42 (2014), pp. 662-668; D. Centola, *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in *TSDP*, 5 (2012). Si ricordano, infine, le riflessioni di A. Palma, *Giustizia e senso comune*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 16 ss. in merito ai rapporti tra abuso del diritto e buona fede, con particolare riferimento al dolo nell'esperienza giuridica romana. Si veda, inoltre, il recente lavoro di L. Solidoro, *Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.8.5-7. Immissioni e conflitti di vicinato: il caso della taberna casiaria*, in L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino (a cura di), *Il diritto romano caso per caso*, cit., pp. 39-65, in particolare p. 58, dove l'Autrice rileva come la «tutela dell'immeso» nei confronti del vicino sia collegata «con la teoria romana dell'abuso del diritto, e in particolare con l'enunciato gaiano "*male enim nostro iure uti non debemus*" (Gai 1.53) a sua volta collegato – strategicamente, ma in modo del tutto arbitrario – al precetto ulpiano "*alterum non laedere*"», quest'ultimo estrapolato da D. 1.1.10.1 (*Ulp. 1 reg.*): «*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*».

¹²⁶ La capacità giuridica e lo *status* di soggetto di diritto a Roma coincidevano con la condizione di soggetto *sui iuris*, cioè di colui che non aveva sopra di sé un ascendente in grado di esercitare su di lui *potestas*. Profondamente diversa è la prospettiva moderna, in cui la piena capacità giuridica consegue all'evento della nascita (art. 1 c.c.), con l'ulteriore possibilità di riconoscere diritti e facoltà (per quanto *in nuce*, concretizzanti solo a seguito del parto) anche in capo al concepito nascituro, al quale dunque l'ordinamento moderno riconosce già una forma di soggettività giuridica. Si segnala, per inciso, che la questione relativa allo *status* del concepito ha sollevato interesse anche nella dottrina romanistica, che, partendo dal principio '*conceptus pro iam nato habetur*', si è in più occasioni su di essa soffermata. In particolare, del tema si occupò già E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur*, in *BIDR*, 33 (1923), pp. 1-78; fra gli autori che più di recente si sono dedicati all'argomento, si segnalano gli studi Ernesto Bianchi: E. Bianchi, *Astrazioni e finzioni in tema di personae. Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index*, 34 (2006), pp. 111-130; Id., *A proposito del concepito e delle locuzioni 'in*

Infine, sempre dalla *patria potestas* discendeva, come ulteriore prerogativa in capo al *pater*, la possibilità di soddisfare la pretesa vantata dal terzo che avesse subito un danno da parte del figlio, attraverso la consegna cosiddetta ‘nossale’ del reo (*filius* o schiavo), che sarebbe stato utilizzato dal danneggiato come forza-lavoro fino a compensazione del pregiudizio sofferto. Tale facoltà, che le fonti qualificano come *ius noxae dandi*¹²⁷, rappresentava l’alternativa rispetto al pagamento della somma richiesta dal danneggiato. Sulla base di tale meccanismo il *filius* era posto sullo stesso piano del *servus*: entrambi, da questo punto di vista, erano accomunati dal fatto di essere soggetti *alieni iuris* (lo schiavo addirittura una *res*, per quanto preziosa¹²⁸), ossia privi di capacità giuridica, non potendo in capo agli stessi sorgere

rerum natura esse e *in humanis rebus non esse*, in *Riv. dir. rom.*, 9 (2009); nonché la sua monografia dello stesso anno Id., *Per un’indagine sul principio ‘conceptus pro iam nato habetur’. Fondamenti arcaici e classici*, Giuffrè, Milano 2009; Id., *Ancora in tema di concepimento: minime osservazioni lessicali ed esegetiche. A proposito della ‘exceptio rei iudicatae’: D. 44.2.7.pr.-3 (Ulp. 75 ad ed.)*, in *Riv. dir. rom.*, 11 (2011); Id., *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su Gai., inst. 2.203 e D. 30.24.pr. A proposito di ‘cosa futura’ e di ‘concepturus’*, in *Riv. dir. rom.*, 12 (2012); Id., *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su D. 25.4.1.pr.-1 (Ulp. 24 ad ed.). L’espressione ‘portio mulieris ... vel viscerum’*, in *Riv. dir. rom.*, 13 (2013). Senza pretesa di completezza, come ulteriori lavori sull’argomento si segnalano, partendo dai più risalenti nel tempo: G. Impalomeni, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Iura*, 22 (1971), pp. 99-120; P. Catalano, *Osservazioni sulla ‘persona’ dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rass. dir. civ.*, 9/1 (1988), pp. 45-61; A. Lefebvre-Teillard, *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, in *RHD*, 72/4 (1994), pp. 499-525; R. Lotufo, *Investigação de paternidade e alimentos em favor do nascituro*, in *Index*, 25 (1997), pp. 201-252; P. Ferretti, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse: l’identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Giuffrè, Milano 2008; il cui primo capitolo è disponibile anche online: Id., *L’identità del concepito: la ‘contraddizione’ del pensiero giurisprudenziale classico nelle diverse letture della dottrina*, in *Diritto@Storia*, 7 (2008); Id., *Nasciturus pro iam nato habetur si de eius commodo agitur: storia di un principio*, in F. Reinoso-Barbero (a cura di), *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid 2014, pp. 685-706; M. P. Baccari, *La difesa del concepito nel diritto romano: dai Digesta dell’imperatore Giustiniano*, Giappichelli, Torino 2006; Id., *Curator ventris: il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Giappichelli, Torino 2012; C. Terreni, *Me puero venter erat solarium: studi sul concepito nell’esperienza giuridica romana*, Plus-Pisa University Press, Pisa 2009; C. Terreni, *Quae Graeci phaytasmata vocant: riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa University Press, Pisa 2013; nonché, più di recente, A. Palma, *Il nascituro come problema ‘continuo’ nella storia del diritto*, in *TSDP*, 7 (2014); G. Coppola Bisazza, *Procreazione assistita e capacità di succedere dei concepiti ‘post mortem patris’*, in *TSDP*, 8 (2015); Id., *La capacità di succedere dei concepiti ‘post mortem patris’: una questione antica*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 647-657. Sul tema dei diritti del concepito, con particolare riferimento all’influenza dei principi cristiani nell’incriminazione delle condotte abortive, si è di recente soffermato anche D. Annunziata, *Il procurato aborto in diritto romano. Brevi cenni a proposito di D. 48.8.8*, in *Legal Roots*, 7 (2018), pp. 131-143.

¹²⁷ Fest., *De verb. sign.*, s.v. *Noxia*: «*Noxia, ut Servius Sulpicius Rufus ait, damnum significat [...]*»; Inst. 4.8.1 (*De noxalibus actionibus*): «*Noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus [...]*»; Gai 4.75: «*Ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisque damnosam esse*». Per approfondimenti e bibliografia, rinviamo ancora una volta a: C. Fayer, *La familia romana*, cit.; Id., *La vita familiare dei romani antichi*, cit., pp. 7 ss.

¹²⁸ Gli schiavi rientravano nella categoria delle *res Mancipi*, definite da Gaio le «*res pretiosiores*», ossia i beni di valore più elevato (cfr. Gai 1.192).

direttamente alcuna obbligazione, né contrattuale, né – come nel caso di specie – derivante da atto illecito¹²⁹.

Un vincolo di agnazione (e con esso le prerogative appena viste) non sorgeva invece tra il *pater* e i figli illegittimi, in quanto nati da *iniustae nuptiae*. Rispetto ad essi l'ordinamento riconosceva unicamente un legame di *cognatio*, ossia una parentela di sangue, del tutto analoga nei contenuti e negli effetti a quella che li legava alla madre. Tale linea parentale, tuttavia, era priva di rilevanza giuridica per il *ius civile*, il quale considerava unicamente i rapporti agnatizi. L'importanza della stessa fu riconosciuta, attraverso progressivi ampliamenti nel corso dei secoli, unicamente sul piano del *ius honorarium*, attraverso gli interventi con cui il pretore di volta in volta scelse di estendere parte delle tutele previste per i 'parenti civili' anche ad altri soggetti non rientranti nelle categorie contemplate dal *ius civile* (come avvenne nel campo ereditario per l'istituto della *bonorum possessio*¹³⁰).

Poteva, tuttavia, accadere che tra i figli ed il *pater* non sorgesse neppure un vincolo cognatizio. Ciò era quanto avveniva per i *liberi naturales* che non fossero *filii*, in quanto non nati da genitori legati da *matrimonium*, né *iustum* né *iniustum*, per i quali l'ordinamento giuridico considerava il padre ignoto, riconoscendo formalmente una semplice parentela di sangue (*cognatio*) con la madre e i rispettivi parenti. Ciò posto in linea generale, occorre tuttavia precisare che in verità tale distinzione tra *filii legitimi iniusti* e *liberi naturales* rimase puramente astratta fino all'epoca giustiniana. Fu, infatti, Giustiniano ad equiparare la parentela di sangue (*cognatio*) a quella giuridica (*adgnatio*), rendendo così la prima, al pari della seconda, fonte di diritti e di doveri. Soltanto in questo momento, dunque, si realizzò una piena parificazione tra *filii legitimi iniusti* e *legitimi iusti*, i quali nel loro complesso si differenziavano per contrapposizione rispetto a quelli naturali, secondo una *summa divisio* che giungerà fino al nostro diritto, il quale solo recentemente ne ha determinato il definitivo superamento¹³¹.

¹²⁹ Schiavi e figli, pur essendo soggetti giuridicamente incapaci, erano però, al pari di ogni altra persona, in grado di porre in essere negozi giuridici. Anzi, l'attività negoziale dei sottoposti, in particolare degli schiavi, assumeva un'importanza tutt'altro che marginale, tanto che, partendo dalle considerazioni di F. Serrao, *Minima de Diogneto et Hesico: gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 d.C.*, in *Sodalitas: scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. 7, Jovene, Napoli 1984, pp. 3605- 3618 ne è stata prospettata una rappresentazione in termini 'manageriali'. Cfr. A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Giuffrè, Milano 1984; L. Gagliardi, *Lo schiavo manager*, in U. Eco (a cura di), *L'antichità*, vol. 2, Roma, Encyclomedia Publishers, Milano 2012, pp. 297-299. A causa della loro incapacità giuridica (in quanto persone *alieni iuris*), tuttavia, in capo a *servi* e *filii* non potevano prodursi i relativi effetti, dal momento che l'unico centro di interessi era il *pater familias*, ossia il solo soggetto *sui iuris*. Nei confronti di quest'ultimo, però, il negozio posto in essere dal sottoposto (*filius vel servus*) avrebbe potuto produrre unicamente effetti accrescitivi e mai diminutivi del patrimonio. A riguardo, si veda quanto affermato da Gaio e riportato in D. 50.17.133 (Gai 8 *ad ed. prov.*): «*Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*» (cfr. *supra*: cap. 4, nota 24).

¹³⁰ Sulla *bonorum possessio* ci siamo già soffermati *supra*: cfr. cap. 2, note 28 ss.

¹³¹ La *summa divisio* tra figli legittimi e naturali è caduta definitivamente soltanto nel 2014, con l'entrata in vigore (in data 7 febbraio) del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (a sua volta attuativo della delega contenuta all'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), che ha portato a compimento la più radicale modifica del diritto di famiglia successiva alla legge 19 maggio 1975, n. 151. Infatti, una prima importante tappa nel percorso che ha progressivamente portato all'unificazione del regime giuridico della filiazione si registrò nel 1975, quando il legislatore, con la legge 151, con l'intento di rendere

6.2 I rapporti tra coniugi: *matrimonium* e *manus* e la possibilità della *conventio in manum* in assenza di *iustae nuptiae*

Per quanto concerne il piano dei reciproci effetti personali e patrimoniali, incisive ricadute nei rapporti tra coniugi erano determinate per la verità non tanto dalla presenza di un *matrimonium*, ma dal diverso istituto della *manus*. Com'è noto, si tratta di due concetti fra loro diversificati e non sovrapponibili, se non nei termini in cui la *manus* poteva sussistere unicamente in presenza di un valido matrimonio. Non era dunque il matrimonio a determinare una modificazione dei rapporti tra *vir et uxor*, ma soltanto il compimento della *conventio in manum*, in una delle diverse forme all'uopo previste dall'ordinamento¹³². Laddove presente, la *manus* determinava per la donna *sui iuris* la perdita del proprio patrimonio a favore del marito o, se questi era *alieni iuris*, del di lui *pater*. Al contrario, la donna sposata *sine manu* manteneva il proprio *status* giuridico di persona *alieni iuris* o *sui iuris*, conservando in quest'ultimo caso la titolarità dei propri beni¹³³, l'amministrazione dei quali pote-

il diritto di famiglia più adeguato alle nuove realtà sociali, scelse di depurare il linguaggio giuridico da tutte quelle parole (come 'patria potestà', 'adulterino', 'illegittimo') ritenute ormai non più in armonia con i nuovi tempi. Con obiettivo similare, a distanza di quasi quarant'anni, il legislatore del 2013 ha deciso di cancellare definitivamente ogni traccia di discriminazione tra i figli, rinnovando il vocabolario ed eliminando i termini 'legittimo' e 'naturale' riferiti alla filiazione. Al contempo, nel superare ogni profilo di distinzione giuridica, non potendo impedire che in linea di fatto la nascita possa avvenire, alternativamente, in costanza di matrimonio o al di fuori di esso, le parole 'legittimo' e 'naturale' come riferite al figlio sono state sostituite, laddove tale aspetto abbia un qualche rilievo, con le parole 'nato nel matrimonio' o 'nato fuori del matrimonio'. Da segnalare, peraltro, che un ulteriore profilo di novità sul piano terminologico è stato introdotto con riferimento alla definizione dei rapporti tra genitori e figli, un tempo qualificata in termini di 'potestà genitoriale', dal 2013 sostituita dalla nuova dizione 'responsabilità genitoriale'. La scelta di addivenire a tale superamento è stata dettata dalla volontà di abbandonare un termine ('potestà') che richiama inevitabilmente alla mente un'idea di subordinazione e di passiva soggezione della persona *in potestate* (figlio) rispetto all'avente potestà (genitore), sostituendolo con una diversa locuzione, 'responsabilità', che evoca e mette in luce che ai soggetti responsabili fanno capo non soltanto facoltà ma anche obblighi nei confronti dei figli a loro sottoposti, rispetto ai quali dunque il rapporto si configura in termini del tutto paritari.

¹³² La *manus maritalis* poteva costituirsi attraverso tre diverse modalità: l'*usus*, la *coemptio* e la *confarreatio*, un'antica cerimonia riservata al ceto patrizio, che prevedeva la condivisione da parte dei nubendi di un pane di farro (*panis farreus*) in onore della divinità, Giove Farreo (*Iuppiter Farreus*). Le modalità di costituzione della *manus* ci sono riferite da Gaio: Gai 1.110: «*Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione*», il quale nei successivi passi si sofferma nel dettaglio su ciascuno di questi tre istituti: cfr. *infra*, note 134, 136, 138.

¹³³ I beni non costituiti in dote (*res quae extra dotem sunt*) e che, quindi, rimangono di proprietà della moglie saranno detti nel diritto giustiniano 'parafernali' (termine che etimologicamente deriva dal greco παράφερνα, vocabolo con cui erano indicati i beni collocati 'oltre la dote', appunto «παρὰ τὴν φερνήν»). Il termine è giunto fino al codice civile del 1942, nel testo dell'art. 212 c.c., abrogato soltanto dalla Legge 151/1975 – che ha contestualmente introdotto il divieto di costituzione di dote (art. 166-bis c.c.) – che ha profondamente modificato, ammodernandolo, il diritto di famiglia. Un riferimento ai beni parafernali (*parapherna*) è contenuto anche nei principali manuali istituzionali: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 458-459; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 176; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 254; G. Franciosi, *Corso istituzionale di diritto romano*, cit., p. 172; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., p. 592; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 240; G. Scherillo e F. Gnoli, *Diritto romano: lezioni istituzionali*, cit., p. 98; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 144; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 695.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica
va di fatto essere concessa al marito, pur rimanendo tuttavia giuridicamente in capo alla moglie.

Da quanto affermato emerge già un primo interrogativo utile ai nostri fini, inerente al rapporto di priorità tra *matrimonium* e *manus*: il quesito che si pone è, cioè, se la *conventio in manum* potesse essere effettuata soltanto in presenza di un matrimonio già instaurato, oppure se la stessa potesse avvenire anche in assenza di ciò, ossia se potesse essere *in manu* anche una donna non *uxor*.

Tale domanda ha scarso rilievo e perde di significato in riferimento alla *confarreatio*¹³⁴, in quanto, trattandosi di un antico rito riservato alle famiglie aristocratiche e finalizzato al reclutamento della casta sacerdotale¹³⁵, esso non pare potersi coniugare con una realtà diversa da quella del *matrimonium*, o meglio del *matrimonium iustum*.

Analoghe conclusioni devono ricavarsi, seppur per motivi diversi, rispetto alla *coemptio*¹³⁶, la quale, essendo sorta quando l'*usus* era ormai caduto in desuetudine al fine di consentire ai coniugi che avessero desiderato un *matrimonium cum manu* di addivenire a tale risultato, presupponeva però che fra uomo e donna sussistesse già un'unione coniugale¹³⁷.

Più complesso il discorso per l'*usus*¹³⁸, relativamente al quale la dottrina è tradizionalmente divisa fra coloro che ritengono che esso rappresenti una forma di matrimonio¹³⁹, che quindi non sorgerebbe fino al compimento dell'anno di *usus*, e quanti invece lo considerano, più correttamente, un modo di acquisto della *manus*¹⁴⁰.

Da ciò discende l'ulteriore dibattito, rilevante ai nostri fini, relativo all'individuazione della natura del rapporto intercorrente tra uomo e donna durante

¹³⁴ Gai 1.112: «*Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est: nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt*».

¹³⁵ C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 2, p. 314, alla quale si rinvia per approfondimenti ed ulteriore bibliografia.

¹³⁶ Gai 1.113: «*Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum venit*».

¹³⁷ C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 2, p. 315.

¹³⁸ Gai 1.111: «*Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinotio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interromperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est*».

¹³⁹ Il promotore di questa ricostruzione è H. Lévy-Bruhl, *Nouvelles perspectives sur le mariage romain*, in *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Sirey, Paris 1947, pp. 63-79, il quale accorda all'*usus* un ruolo centrale, elevandolo a forma ordinaria e pressoché esclusiva del *matrimonium iustum* accompagnato da *manus*. Tale tesi ha incontrato consensi anche nella dottrina successiva, tra cui R. Vilers, *A propos de la disparition de l'usus*, in *RHD*, 28/4 (1950), pp. 538-547.

¹⁴⁰ P. Giunti, *Consors vitae*, cit., pp. 218 ss., in particolare p. 223, la quale, di concerto con E. Cantarella, *L'usus e la conventio in manum* (Rec. I. Piro, 'Usu in manum convenire), in *Labeo*, 41 (1995), pp. 434-450, in particolare p. 446 si domanda «perché mai dovrebbe esservi *matrimonium* solo a seguito della *conventio*».

l'anno il cui decorso era necessario ai fini del sorgere della *manus maritalis*. Sul punto si registra una discordanza tra gli autori, in quanto a coloro che tradizionalmente attribuiscono al termine 'nupta' (utilizzato da Gaio¹⁴¹ nel brano che descrive l'*usus*) il significato di 'donna sposata' e dunque ritengono che il termine annuale decorra proprio dall'avvenuta instaurazione fra i coniugi di un rapporto matrimoniale¹⁴², si contrappongono quanti ritengono invece che quello stesso 'nupta' non debba necessariamente intendersi come riferito ad una donna sposata, potendo essere interpretato come un'unione di concubinato, destinato a trasformarsi, decorso l'anno di *usus*, in un rapporto matrimoniale¹⁴³. Secondo una diversa interpretazione, si sarebbe trattato non tanto di un concubinato, quanto piuttosto di un *matrimonium iniustum*, ossia un matrimonio valido per lo *ius gentium* ma non per lo *ius civile*, che sarebbe divenuto unione *iusta* soltanto una volta decorso l'anno di *usus*¹⁴⁴. Con l'ulteriore conseguenza che i figli nati durante la pendenza del termine annuale avrebbero seguito lo *status* giuridico della madre e non quello paterno, come sarebbe invece avvenuto se i genitori fossero già stati uniti in matrimonio.

6.3 I rapporti patrimoniali tra coniugi: il divieto di *donatio inter virum et uxorem*

Oltre alle conseguenze discendenti dalla costituzione o meno della *manus* in capo al marito, un ulteriore effetto, sempre di tipo patrimoniale, che a partire dall'età classica coinvolse i coniugi¹⁴⁵ era il divieto di effettuarsi donazioni reciproche¹⁴⁶.

¹⁴¹ Gai 1.111: cfr. *supra*, nota 138.

¹⁴² E. Volterra, *Ancora sulla manus e sul matrimonium*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Jovene, Napoli 1948, pp. 676-688 (in particolare p. 682), il quale fonda la propria teoria per cui *usus* e *manus* sarebbero istituti tra loro indipendenti proprio sul fatto che la *manus* si acquista dopo un anno dalla formazione del matrimonio: «Se la *manus* si acquista sulla donna *quae anno continuo nupta perseverabat*, cioè dopo un anno che si è formato il matrimonio, ciò vuol dire che quest'ultimo istituto poteva sorgere ed esistere indipendentemente dalla *manus*»; I. Piro, 'Usu' in *manum convenire*, ESI, Napoli 1994, p. 158; C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 2, pp. 318 ss.

¹⁴³ Per la relativa bibliografia cfr. C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 2, p. 319 nota 458, la quale spiega che questa opinione interpreta l'espressione «*concubinato matrimoni causa*» nel senso che la donna, non ancora sposata, sarebbe divenuta moglie allo scadere del termine annuale previsto per il compimento dell'*usus*.

¹⁴⁴ Si veda ancora C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 2, pp. 319 ss., la quale riporta, come ulteriori articolazioni di questa tesi, da un lato quella che qualifica tale rapporto come un'unione irregolare o una sorta di convivenza illegale, destinata a trasformarsi in matrimonio allo scadere dell'anno, e dall'altro quella che invece ritiene che si tratti di una convivenza del tutto irrilevante sotto il profilo giuridico.

¹⁴⁵ Differenti rispetto alle donazioni tra coniugi, che presuppongono un matrimonio già esistente, sono le donazioni nuziali, ossia quelle effettuate in vista del matrimonio. Trattasi di un istituto ignoto alla giurisprudenza classica e sulla cui origine la dottrina dibatte, riportandolo taluni ad usanze orientali, altri ad istituti semitici e germanici, altri ancora considerandolo uno sviluppo della donazione tra fidanzati, indicato invece nelle fonti giustinianee con l'espressione «*donatio ante nuptias*» e nel diritto giustiniano con quella di «*donatio propter nuptias*». Il significato della donazione nuziale si coglie in contrapposizione al diverso istituto della dote: mentre quest'ultima era l'apporto muliebre alla vita matrimoniale (non a caso nelle fonti latine la dote è indicata come il termine «*res uxoria*»), l'altra era l'apporto maritale. Il termine donazione nuziale indicava, infatti, una donazione soltanto maschile, posta in essere dallo *sponsus* o dal *pater familias* di questi (o da altri per lui) nell'immediatezza del matrimonio e subordinata alla sua conclusione, con lo scopo di sostentamento della futura famiglia, nonché di mantenimento del

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

L'esistenza di tale particolare prescrizione è attestata dal seguente brano di Ulpiano, la cui lettura con riferimento alla questione appare imprescindibile.

D. 24.1.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*): *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent.* [...]

Tale peculiare disposizione è stata oggetto di profonda attenzione da parte della dottrina¹⁴⁷, che si è concentrata principalmente su due aspetti, per la verità tra loro

coniuge superstite (in caso di premorienza) e degli eventuali figli. Per un approfondimento dell'istituto della donazione nuziale e per un'analisi delle varie teorie in merito alla sua origine si veda C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 2, pp. 738 ss.

¹⁴⁶ È appena il caso di ricordare che il divieto di donazioni tra coniugi, che agli occhi di un lettore moderno può apparire incomprensibile, ha fatto parte del nostro panorama giuridico fino a non troppi decenni fa. La sua definitiva abolizione è stata infatti sancita dalla Corte costituzionale soltanto nel 1973, con una sentenza (la n. 91 del 27 giugno 1973) che, peraltro, vide come relatore un celebre studioso di diritto romano, il professor Edoardo Volterra, il quale, proprio grazie alla profonda conoscenza del diritto romano e dei suoi istituti, comprese che quel divieto, che costituiva un residuo del diritto romano, non aveva più ragion d'essere nel mutato contesto costituzionale, ponendosi anzi in aperto contrasto con l'art. 3 Cost., che sancisce l'uguaglianza di tutti i cittadini «davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali» e, inoltre, con l'art. 29 Cost., che lo completa, affermando «l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi».

¹⁴⁷ F. J. Andrés Santos, *En torno al origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges: una reconsideración crítica*, in *BIDR*, 103-104 (2000-2001), pp. 317-396; L. Aru, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Cedam, Padova 1938; con recensione di A. R. Bellinger, *Rec. L. Aru, Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, in *Class. Week.*, 33/1 (2 Ottobre 1939); S. Cugia, *La nullità parziale del negozio giuridico nel D. 24.1 'de don. inter vir. et ux.': saggio preventivo*, L. Alvano, Napoli 1922; F. M. De Robertis, *La convalescenza delle donazioni fra coniugi nelle orationes di Severo e Caracalla*, Tip. Cressati, Bari 1937; A. D'Ors, *'Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita': una exégesis de D 24, 1, 11, 7-8 (Ulp. 32 and Sab.)*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. 2, Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, Milano 1972, pp. 471-483; C. Fadda, *La nullità delle donazioni fra coniugi*, Lapi, Città di Castello 1893; G. Ferretti, *Donazioni tra coniugi, ordine pubblico, 'mens legis' e transazione*, Giuffrè, Milano 1952, estr. da *Rivista giuridica abruzzese*, 28 (1952), pp. 27-39; V. Giuffrè, *Vicende del divieto di 'donatio inter virum et uxorem'*, in *ANA*, 83 (1972), pp. 3-25; A. Masi, *Retroattività della condizione e 'donatio mortis causa' fra coniugi*, in *ASD*, 7 (1963), pp. 19-41; U. Vincenti, *La presunzione muciana e la sua connessione con il divieto di donazione tra coniugi*, in *Index*, 25 (1997), pp. 451-470. Per quanto concerne, invece, le donazioni tra fidanzati merita segnalare la monografia di P. Ferretti, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 2000, recensita da R. Astolfi, *Rec. P. Ferretti, Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, in *Iura*, 51 (2000), pp. 181-195; inoltre, gli articoli di A. Sepe, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, in *Index*, 36 (2008), pp. 159-176 e di H. Kupiszewski, *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: 'dos' e 'donatio'*, in *Iura*, 29 (1978), pp. 114-137. Per un'analisi del tema delle donazioni tra coniugi nell'ambito di studi più generali in merito alla donazione, si vedano poi: G. G. Archi, *Dote e donazione nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 1950; Id., *L'evoluzione della donazione in epoca postclassica*, in *RIDA*, 5 (1958), pp. 391-426; Id., *La donazione: corso di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1960, con recensione di F. Pringsheim, *Rec. G. G. Archi, La donazione: corso di diritto romano*, in *ZRG*, 78 (1961), pp. 474-484; Id., *Donazione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 13, Giuffrè, Milano 1964, pp. 930-955; S. Broise, *Animus donandi: concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, vol. 1, *Parte generale*, Pacini, Pisa 1975; Id., *Animus donandi: concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, vol. 2, *Parte speciale*, Pacini, Pisa 1975; F. M. De Robertis, *Sul concetto di donazione nel diritto romano*, A. Cressati, Bari 1939; P. Giunti, *Donazione (storia del diritto romano)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 7, Utet, Torino 1991, pp. 161-176 (specialmente il par. 4: *Il divieto delle donazioni fra coniugi*); P. Voci, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura*, 38 (1987), pp. 72-148.

connessi e, almeno in certa parte, interdipendenti: da un lato la *ratio* dell'istituto, dall'altro la datazione del medesimo.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, occorre rilevare come le posizioni non siano univoche: anzi, può dirsi che sul punto si registrano due orientamenti tra loro contrapposti. Gli autori si dividono infatti tra coloro che, da un lato, ritengono che il divieto di donazioni tra coniugi sia stato introdotto dalla legislazione augustea in materia matrimoniale e coloro che, dall'altro, opinano che sia invece ben più risalente nel tempo, avendo origine consuetudinaria all'interno degli antichi *mores*. Secondo quest'ultima interpretazione, la legislazione augustea ne avrebbe soltanto recepito il contenuto, formalizzandolo e rendendolo solenne ed ufficiale.

Quanto alla *ratio*, diverse sono state le motivazioni addotte a fondamento di tale preclusione. A tale riguardo, molteplici sono le fonti¹⁴⁸ – peraltro non soltanto giuridiche – che ritengono che la prescrizione sia stata introdotta per scongiurare il rischio che i coniugi fossero portati, a cagione dell'eccessivo affetto reciproco, ad abbandonarsi a donazioni sconsiderate. Questa, in particolare, è la spiegazione individuata dallo stesso Ulpiano nel proseguito del passo sopra citato.

D. 24.1.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*): [...] *Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.*

Fra le fonti letterarie, un indizio circa la *ratio* del divieto di donazioni tra coniugi è contenuto nell'*Aulularia*¹⁴⁹, celebre commedia plautina in cui l'autore pronuncia una severa invettiva contro i mariti, i quali, pur di appagare il desiderio di lusso delle proprie mogli, erano pronti ad indebitarsi, compromettendo così seriamente il proprio patrimonio, oltre che la propria reputazione sociale.

Che il divieto in parola fosse fondato sull'esigenza di evitare un eccessivo depauperamento appare, peraltro, confermato dalla circostanza che dallo stesso risultavano esonerate quelle donazioni che fossero state tali da non mettere a repentaglio la condizione economica e patrimoniale del donante. Le fonti ci riferiscono, infatti, che il divieto non riguardava i regali d'uso, purché moderati¹⁵⁰, ossia quei donativi che oggi definiremmo 'di modico valore'¹⁵¹: in sostanza, possiamo concludere che la

¹⁴⁸ Cfr. anche: D. 24.1.3.10 (Ulp. 32 *ad Sab.*): «*Sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet, et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet: ipso enim iure quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt*»; D. 24.1.31.7 (Pomp. 14 *ad Sab.*): «*Quod legaturus mihi aut hereditatis nomine relictorus es, potes rogatus a me uxori meae relinquere et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis deminuitur: in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter despoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret*».

¹⁴⁹ Plaut., *Aul.* 3.8.55 ss.

¹⁵⁰ D. 24.1.31.8 (Pomp. 14 *ad Sab.*): «*Si vir uxori munus immodicum calendis martiis aut natali die dedisset, donatio est: sed si impensas, quas faceret mulier, quo honestius se tueretur, contra est*».

¹⁵¹ Anche oggi le donazioni di modico valore sono esonerate dal rispetto dei rigidi requisiti di forma (atto pubblico) richiesti, a pena di nullità, per la validità delle donazioni ordinarie. Cfr. art. 783 c.c. (*Donazioni di modico valore*): «La donazione di modico valore che ha per oggetto beni mobili è valida anche se manca l'atto pubblico, purché vi sia stata la tradizione. La modicità deve essere valutata anche in rapporto alle condizioni economiche del donante».

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica preclusione si applicava unicamente¹⁵² se all'impoverimento del donante cagionato dalla donazione fosse conseguito un apprezzabile arricchimento (*locupletatio*) del donatario¹⁵³.

Abbiamo visto che il divieto in esame coinvolgeva solo l'uomo e la donna uniti da *matrimonium* e non valeva, al contrario, per le coppie non suggellate da *nuptiae*: né dunque per il *matrimonium iniustum*, né tanto meno per il concubinato¹⁵⁴. Ciò risulta attestato dalle fonti, le quali affermano che, laddove fosse intervenuto un qualche impedimento tale da porre nel nulla il matrimonio, la donazione sarebbe stata valida.

D. 24.1.3.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*): *Videamus, inter quos sunt prohibitae donationes. Et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. [...]*

Peraltro, secondo la dottrina tale principio non risulterebbe smentito neppure da quanto stabilito in un rescritto di Antonino Caracalla, riportato nel *Codex giustiniano*, che pareva contemplare una formale eccezione per la concubina (*focaria*) di un soldato. Tale costituzione, che apparentemente estende il divieto di donazioni anche con riferimento alla concubina, contraddicendo quanto finora sostenuto, in realtà ne offre ulteriore conferma. L'imperatore spiega infatti il motivo della decisione, af-

¹⁵² Ulteriori eccezioni erano, poi, previste allorché la donazione fosse stata effettuata per scopi peculiari, che l'ordinamento reputava particolarmente rilevanti e degni di nota, quali ad esempio la liberazione di uno o più schiavi mediante *manumissio*, oppure il conseguimento di una dignità pubblica. Parimenti escluse dal divieto erano, inoltre, le donazioni destinate a valere per il caso di scioglimento di matrimonio a causa di divorzio o a causa di morte. Cfr. *Tit. ex corp. Ulp. 7.1*: «*Inter virum et uxorem donatio non valet, nisi certis ex causis, id est mortis causa, servi manumittendi gratia. Hoc amplius principibus constitutionibus concessum est mulieri in hoc donare viro suo, ut is ab imperatore lato clavo vel equo publico similive honore honoretur*». Sul tema della donazione *mortis causa* si vedano: B. Biondi, *Appunti intorno alla donatio mortis causa*, in *Ann. Perugia*, 29/2 (1914), pp. 173-222; M. Amelotti, *La donatio mortis causa in diritto romano*, Giuffrè, Milano 1953; S. Di Paola, *Donatio mortis causa: corso di diritto romano*, Jovene, Napoli 1969, con recensione di M. Amelotti, *Discorsi vecchi e nuovi in tema di 'donatio mortis causa'*, in *Labeo*, 17 (1971), pp. 339-343; D. Rüger, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 2011; nonché il recente lavoro di S. Lo Iacono, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui patti successori istitutivi*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, in particolare pp. 256 ss.

¹⁵³ D. 24.1.5.8 (Ulp. 32 *ad Sab.*): «*Concessa donatio est sepulturae causa: nam sepulturae causa locum marito ab uxore vel contra posse donari constat et si quidem intulerit, faciet locum religiosum. Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletioem: porro hic non videtur fieri locupletior in ea re quam religioni dicavit. Nec movit quemquam, quod emeret, nisi a marito accepisset: nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit*».

¹⁵⁴ Come rileva S. A. Cristaldi, *Unioni non matrimoniali a Roma*, cit., p. 177, «la posizione [...] della concubina è molto diversa da quella della moglie», non solo dal punto di vista sociale, ma anche dal punto di vista patrimoniale: essa infatti «non è tenuta a dare una dote, né si applicano le disposizioni che regolano i rapporti patrimoniali tra coniugi. Può ricevere donazioni, ma non può nutrire aspettative ereditarie *ab intestato*».

fermando che, sebbene non essendovi matrimonio la donazione sia valida («*licet cessante iure matrimonii donatio perfici potuerit*»), non vuole permettere che i suoi soldati siano spogliati dei propri averi dalle concubine attraverso false lusinghe («*tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo*»). Quindi, in base a quanto dichiarato nel rescritto, in questo caso la ragione della nullità della donazione dipenderebbe non tanto dallo *status* della donataria, quanto piuttosto dalla modalità poco trasparente con cui l'atto è stato posto in essere¹⁵⁵.

C. 5.16.2 (Imp. Antoninus): *Si ancillam nummis tuis comparatam esse praesidi provinciae probaveris donationisque causa focariae tuae nomine instrumentum emptio- nis esse conscriptum, eam tibi restitui iubebit. Nam licet cessante iure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo.*

Alla luce dei passi esaminati appare evidente come, rispetto allo *ius donandi*, la differenza di trattamento si risolvesse in verità a favore delle unioni diverse dal *matrimonium*, le quali, essendo esonerate dal divieto in parola, di fatto si trovavano a godere di una libertà maggiore nella gestione dei reciproci rapporti rispetto a quella spettante alle coppie sposate. Tale disparità di trattamento non era sfuggita agli occhi attenti dei giuristi romani, come dimostrano le parole di Ulpiano, il quale nel proseguo del passo appena citato manifesta opinione favorevole all'estensione di tale divieto anche alle unioni non matrimoniali, proprio perché non sarebbe giusto («*fas non est*») creare una situazione di indebito vantaggio («*ne melior si condicio*») a favore di quei rapporti che si collocano al di fuori della legge («*eorum qui delinquerunt*»). Lo stesso, però, rileva come l'imperatore Severo avesse ribadito il principio opposto, considerando valida la donazione effettuata dal senatore Ponzio Paulino alla propria liberta, poiché la loro relazione non era contraddistinta da un sentimento di *affectio uxoris*, ma piuttosto da quello proprio di un concubinato («*non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae*»).

D. 24.1.3.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*): [...] *Sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui delinquerunt. Divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.*

¹⁵⁵ In merito a tale rescritto di Antonino Caracalla, già F. C. Savigny, *Il Diritto Romano (prima versione italiana col confronto della legislazione delle Due Sicilie del Giudice Ciro Moschitti)*, vol. 1, Napoli 1847, p. 61 osservava che «forse nella specie di cui parla questo testo la nullità della donazione dipendeva piuttosto da una mancanza di forme che dalla qualità della donataria». Nello stesso ordine di idee di recente si sono espressi: F. Lamberti, *Convivenze e unioni di fatto nell'esperienza romana: l'esempio del concubinato*, in G. Viarengo (a cura di), *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali, Atti dell'incontro italo-tedesco. Imperia, 27-28 novembre 2015*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 1-26, in particolare, p. 18: «Caracalla reiterava il divieto, consuetudinario, di donazioni tra coniugi, già 'ribadito' all'interno della legislazione matrimoniale augustea»; e, inoltre, S. A. Cristaldi, *Unioni non matrimoniali a Roma*, cit., p. 177: «per disposizione dell'imperatore Caracalla sarà considerata nulla la donazione fatta da un soldato alla sua concubina (*focaria*), ad imitazione della nullità delle donazioni tra coniugi, ferma restando, comunque, la validità, in generale, delle donazioni fatte alla concubina».

Riteniamo verosimile che proprio questa disparità di trattamento – per una volta a vantaggio delle unioni *iniustae* – sia stata all'origine dei tentativi, comprovati dalle fonti, di eludere ed aggirare la proibizione. In ragione di ciò possiamo allora rilevare come alla longevità che dal punto di vista formale ha connotato il divieto – che, nonostante alcuni temperamenti¹⁵⁶, mantenne vigore fino all'epoca giustiniana – non può attestarsi una corrispondente persistenza né sul piano sostanziale né su quello dell'effettività, ossia del suo concreto rispetto. Tralasciando, infatti, le donazioni che oggi definiremmo 'di modico valore' (ossia aventi ad oggetto beni di uso comune e comunque non tali da determinare un'alterazione rilevante del patrimonio dei coniugi), le quali come abbiamo detto erano pacificamente ammesse, le testimonianze in nostro possesso ci dimostrano come, anche con riferimento ad ipotesi di maggiore rilievo, qualcuno avesse trovato il modo di salvarne la validità. Almeno, stando al resoconto delle fonti, ciò è quanto pare essersi verificato in un episodio di vita coniugale, divenuto celeberrimo anche per la notorietà del marito coinvolto: ci riferiamo al matrimonio fra Mecenate e la moglie Terenzia, che «in continuazione si dividevano e si riconciliavano»¹⁵⁷, rendendo così dubbia la validità delle donazioni tra loro effettuate durante il periodo di 'pausa'. Questa particolare vicenda – già oggetto di attenzione da parte della dottrina¹⁵⁸ – ci è riportata in dettaglio dalle fonti, sia giuridiche¹⁵⁹ che letterarie¹⁶⁰.

Pur nell'impossibilità di trattare compiutamente in questa sede la tematica (necessitando questa, per essere affrontata con la giusta consapevolezza, di ben più ampi approfondimenti) ci preme segnalare che l'episodio citato potrebbe essere letto ed analizzato anche alla luce di un altro fondamentale principio giuridico, oggi partico-

¹⁵⁶ Un esempio di tali temperamenti è rappresentato dal senatoconsulto del 206 d.C., con cui si ammise la convalida delle donazioni tra coniugi quando il donante fosse morto senza revocarle. Cfr. D. 24.1.32.2 (Ulp. 33 *ad Sab.*): «*Ait oratio "Fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitan adversam voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse"*».

¹⁵⁷ C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 2, p. 124.

¹⁵⁸ La vicenda di Mecenate e Terenzia è stata studiata e analizzata da Antonio Guarino: A. Guarino, *Mecenate e Terenzia*, in *Labeo*, 38/2 (1992), pp. 137-146; Id., *Trebazio e il caso di Terenzia*, in *Pagine di diritto romano*, vol. 5, Jovene, Napoli 1994, pp. 98-108. Si veda, inoltre, il recente contributo di C. De Cristofaro, *Iav. 6 ex post. Lab. D. 24.1.64. La simulazione della crisi coniugale*, in L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino (a cura di), *Il diritto romano caso per caso*, cit., pp. 207-225.

¹⁵⁹ D. 24.1.64 (Iav. 6 *ex post. Lab.*): «*Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra. Sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram*».

¹⁶⁰ Sen., *De prov.* 1.3.10-11: «*10. Feliciorem ergo tu Maecenatem putas, cui amoribus anxio et morosas uxoris cotidiana repudia deflenti somnus per symphoniarum cantum ex longinquo lene resonantium quaeritur? Mero se licet sopiat et aquarum fragoribus avocet et mille voluptatibus mentem anxiam fallat, tam vigilabit in pluma quam ille in cruce; sed illi solacium est pro honesto dura tolerare et ad causam a patientia respicit, hunc voluptatibus marcidum et felicitate nimia laborantem magis iis quae patitur vexat causa patiendi. 11. Non usque eo in possessionem generis humani vitia venerunt ut dubium sit an electione fati data plures nasci Reguli quam Maecenes velint; aut si quis fuerit qui audeat dicere Maecenatem se quam Regulum nasci maluisse, idem iste, taceat licet, nasci se Terentiam maluit*».

larmente in auge, quale quello dell'abuso del diritto¹⁶¹. La storia di Mecenate e Terenzia, infatti, chiama in causa una facoltà che l'ordinamento romano ha sempre concesso – salva una fugace e fallimentare parentesi giustiniana¹⁶² – ma che in questo caso viene esercitata per realizzare una finalità diversa da quella per la quale era stata originariamente concepita. Tale facoltà 'abusivamente' utilizzata è la libertà di divorzio, ossia la possibilità di sciogliere consensualmente il matrimonio quando vengano a mancare i suoi due elementi costitutivi, rappresentati sul piano oggettivo dalla convivenza stabile tra i coniugi e su quello soggettivo dall'*affectio maritalis*. È chiaro che, laddove il potere o il diritto sia impiegato dal titolare per perseguire un obiettivo non solo non previsto, ma addirittura contrario all'ordinamento (in quanto volto a realizzare un risultato non tutelato o, come nella vicenda in esame, vietato) significa che tale utilizzo è avvenuto in maniera abusiva, disconoscendo scientemente le finalità cui era preordinato e travalicando i limiti di liceità del suo esercizio.

Per tornare, invece, agli aspetti che qui maggiormente preme mettere in luce, possiamo concludere il presente esame riportando il pensiero di Labeone¹⁶³, il quale, interrogandosi sulla validità delle donazioni effettuate nel lasso di tempo intercorrente tra un matrimonio e l'altro, avalla il responso trebaziano per cui la donazione sarebbe stata confermata solo in presenza di un divorzio 'vero' e non meramente 'simulato' («*si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra*»). Il che testimonia che, a cose normali, e cioè nell'ipotesi in cui la separazione fosse effettiva e non fittizia, il divieto non avrebbe avuto ragion d'essere, a conferma del fatto che le donazioni tra persone non sposate erano considerate ammesse. Anche in questo caso, dunque, siamo di fronte ad un principio sancito in via esclusiva per le persone legate in un *matrimonium*, la cui efficacia – analogamente a quanto abbiamo visto per la disciplina relativa alla filiazione – non pare estendibile ad unioni da esso distinte.

7. Gli effetti penali delle unioni extraconiugali: l'*accusatio adulterii* della *uxor iniusta* e della concubina

7.1 Il dovere di fedeltà coniugale e il reato di adulterio: la *lex Iulia de adulteriis* e il regime repressivo augusteo

In base a quanto finora osservato, non pare che dal punto di vista civilistico il diritto romano riconoscesse effetti giuridici alle unioni diverse da quella qualificabile

¹⁶¹ Ci riserviamo di approfondire in un prossimo lavoro la vicenda di Mecenate e Terenzia in relazione al divieto di donazione tra coniugi, nonché il suo potenziale valore 'abusivo' del diritto.

¹⁶² Nell'ultimo diritto giustiniano viene meno la libertà, fino ad allora mai negata, del divorzio consensuale: con la Nov. 117.10 l'imperatore estese, infatti, anche al divorzio *ex communi consensu*, ossia bilaterale, le stesse sanzioni previste per quello unilaterale immotivato. Fu così introdotta per la prima volta una norma estranea alla cultura romana: norma che, infatti, non fu accolta con favore dalla società dell'epoca. Per questo motivo, poco dopo la morte di Giustiniano (avvenuta nel 565 d.C.), il suo successore Giustino II (imperatore dal 565 al 578 d.C.) scelse di ripristinare la previgente disciplina (Nov. 140.1.1 del 566 d.C.) e così il divorzio consensuale tornò ad essere totalmente libero.

¹⁶³ D. 24.1.64 (lav. *ex post. Lab.*): cfr. *supra*, nota 159.

quale *matrimonium iustum*, pur trattandosi anche in quest'ultimo caso – come già chiarito – di *res facti*. Diversa sembra essere, invece, la conclusione se si sposta l'attenzione verso quell'ulteriore ambito dell'ordinamento giuridico rappresentato dal diritto penale. Per confrontarci con questo differente contesto occorre abbandonare le vesti del civilista-privatista e calarci nell'universo del diritto pubblico, al quale la normativa penale afferisce.

Quest'ultima affermazione, per la verità, per il diritto romano è soltanto in parte veridica e necessita di un'ulteriore specificazione. In Roma, infatti, gli illeciti costituenti reato non ricevevano una risposta sanzionatoria esclusivamente di tipo pubblicistico, potendo la repressione essere attuata anche attraverso un diverso modello, di stampo privatistico, in cui la sanzione non promanava direttamente dallo Stato, ma era appannaggio delle persone offese dalla condotta illecita. Tale precisazione risulta oltremodo necessaria nel nostro caso, in quanto la fattispecie penalistica che ci accingiamo ad analizzare riguarda un reato che nel corso dei secoli ha avuto natura per così dire 'bicefala', vivendo a cavallo fra queste due diverse alternative: modello di repressione privata e modello di repressione pubblica. Stiamo parlando del reato di adulterio¹⁶⁴.

Non essendo in questa sede possibile addentrarci nel dettaglio della complessa disciplina che il diritto romano disegnò per tale comportamento, ci limiteremo in questa sede a riferire gli aspetti che maggiormente interessano, soffermandoci in particolar modo sull'esperibilità dell'accusa di adulterio anche nei riguardi delle donne diverse dalla *uxor iusta*.

A tal fine, occorre anzitutto ricordare che l'*accusatio adulterii* era l'atto con cui prendeva avvio il processo volto ad accertare la responsabilità penale in capo alla presunta adultera e al di lei correo¹⁶⁵. Tale processo si svolgeva di fronte ad un ap-

¹⁶⁴ Nell'ambito dell'ampia letteratura in tema di adulterio ci limitiamo a richiamare, oltre alle definizioni enciclopediche, alcuni ulteriori essenziali riferimenti: G. Branca, *s.v. Adulterio. Diritto romano*, in *Enc. dir.*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, pp. 620-622; L. Chiazzese, *s.v. Adulterio. Diritto romano*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1/1, Utet, Torino 1957, pp. 322-323; G. Humbert, *s.v. Adulterium*, in Ch. Daremberg e E. Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, vol. 1, Paris 1875, pp. 85-87; G. Longo, *s.v. Lex Iulia de adulteriis coercendis*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 9, Utet, Torino 1968, p. 810; G. D. Pisapia, *s.v. Adulterio. Diritto penale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1/1, Utet, Torino 1957, pp. 323-333; C. Corsanego, *La repressione romana dell'adulterio*, Pontificii Istituti Utriusque Iuris, Roma 1936; V. Bandini, *Appunti in tema di reato di adulterio*, in E. Albertario (a cura di), *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Giuffrè, Milano 1934, pp. 499-507; G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Edizioni Del Grifo, Lecce 1997. In tema di adulterio si veda inoltre: E. Cantarella e P. Ricca, *Non commettere adulterio*, Il Mulino, Bologna 2010. Per quanto concerne, invece, il regime dell'adulterio nell'epoca precedente all'entrata in vigore della *lex Iulia de adulteriis* e, in particolare, in età monarchica si veda: P. Giunti, *Adulterio e leggi regie: un reato fra storia e propaganda*, cit.

¹⁶⁵ Il *crimen adulterii* era, infatti, imputabile nei confronti sia della donna sia del suo amante. In verità, l'adulterio era un reato di esclusivo appannaggio femminile: oggi diremmo era un 'reato proprio esclusivo', in quanto soggetto attivo doveva necessariamente essere, pena l'irrelevanza della condotta dal punto di vista penale, la donna sposata (*uxor*). Non costituiva invece adulterio la relazione extraconiugale dell'uomo, il quale – come vedremo – pur essendo sposato poteva avere una concubina o intrattenere rapporti con meretrici o prostitute senza andare incontro ad alcuna conseguenza giuridica. L'unico caso in cui l'uomo avrebbe risposto penalmente per il reato di adulterio era l'eventualità in cui avesse intrapreso una relazione amorosa con una donna a sua volta sposata. In questo caso, tuttavia, la necessità di estendere anche a suo carico la responsabilità era dettata dall'esigenza di salvaguardare l'istituto e so-

posito tribunale, la *quaestio de adulteriis*¹⁶⁶, avente competenza specifica in materia di crimini sessuali. Tale organo fu istituito da Ottaviano Augusto attraverso uno dei suoi più famosi provvedimenti normativi in materia familiare, la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, del 17-18 a.C.¹⁶⁷, con la quale il *princeps* conferì un volto nuovo al reato di adulterio, mutandone significativamente la natura giuridica. La repressione dell'adulterio, fino a quel momento affidata a meccanismi privati di vendetta familiare, a seguito della citata *lex Iulia* divenne un *crimen*, ossia un illecito pubblico, transitando così nella sfera di repressione statale e ricevendo una sanzione in esito ad un regolare processo, alla stregua degli altri *crimina*¹⁶⁸.

È nell'ambito di questa nuova disciplina congegnata da Augusto che si colloca l'*accusatio adulterii*¹⁶⁹, ossia il formale atto di accusa, la cui legittimazione spettava dapprima soltanto al marito e al padre dell'adultera, nei confronti dei quali la *lex at-*

prattutto l'obiettivo matrimoniale: la filiazione legittima. L'uomo era dunque chiamato a rispondere non tanto nei confronti della moglie, quanto nei confronti del marito della propria amante e, in ultima analisi, della stessa comunità. La responsabilità maschile si giustificava infatti non in virtù della lesione della fede coniugale, bensì per l'affronto arrecato ad un altro *civis Romanus*, da un lato, e alla *civitas* nel suo complesso, dall'altro.

¹⁶⁶ La *quaestio de adulteriis* è soltanto uno dei molteplici tribunali che furono introdotti per la repressione dei diversi *crimina*. Questi sono ricordati complessivamente col nome di *quaestiones perpetuae*, in quanto si trattava di organi istituiti in via permanente per perseguire mediante processo tutti i reati della medesima specie, e non occasionalmente per la repressione di singoli episodi criminosi.

¹⁶⁷ Circa la datazione della *lex Iulia de adulteriis coercendis* si registrano opinioni diverse in dottrina. In particolare, a fronte di un orientamento dominante che ritiene di doverla collocare nel 18 a.C., si attesta una diversa ricostruzione, di cui si è fatto portavoce soprattutto T. Spagnuolo Vigorita, *La data della lex Iulia de adulteriis*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. 8, Jovene, Napoli 2001, pp. 81-96, il quale sulla base dell'analisi di una serie di testimonianze, in particolare del *Carmen saeculare* di Orazio, sostiene che essa dovrebbe essere in realtà leggermente posticipata e che sia da collocare più esattamente tra la metà del 17 e la metà del 16 a.C.

¹⁶⁸ Fra le altre figure di reato perseguite davanti alle *quaestiones*, ciascuna competente funzionalmente per lo specifico *crimen* di appartenenza, ci limitiamo a menzionare l'omicidio (perseguito di fronte alla *quaestio de sicariis et veneficiis*), il *crimen repetundarum* (per il quale fu istituita l'omologa *quaestio de repetundis*) e, inoltre, i reati di falso, *ambitus*, *maiestas*, *vis*, *iniuria*.

¹⁶⁹ F. Botta, *Ancora in tema di accusatio adulterii del minor XXV annis*, in C. Cascione e C. Masi Doria (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, vol. 1, Editoriale scientifica, Napoli 2007, pp. 439-463; Id., *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*, AV, Cagliari 1996; D. Daube, *The accuser under the lex Iulia de adulteriis*, in *Collected Studies in Roman Law*, vol. 1, V. Klostermann, Frankfurt am Main 1991, pp. 561-573; M. A. De Dominicis, *Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare 'costante matrimonio' la moglie adultera (A proposito di Dig. 48, 5, 27 [26] pr.)*, in *SDHI*, 16 (1950), pp. 221-253; M. Kaser, *Rec. M. A. De Dominicis, Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare 'costante matrimonio' la moglie adultera (A proposito di Dig. 48, 5, [26] pr.)*, in *SDHI*, 16 (1950), pp. 221-253 [= *Iura*, 2 (1951), pp. 324-325]; G. Rizzelli, *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 411-441; J. A. C. Thomas, *Accusatio adulterii*, in *Iura*, 12 (1961), pp. 65-80; C. Venturini, *'Accusatio adulterii' e politica costantiniana (Per un riesame di CTH 9, 7, 2)*, in *SDHI*, 54 (1988), pp. 66-109; Id., *Innovazioni postclassiche in materia di accusatio adulterii*, in F. Lucrezi e G. Mancini (a cura di), *Crimina e delicta nel tardo antico: atti del Seminario di studi, Teramo 19-20 gennaio 2001*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 17-37; E. Volterra, *Per la storia dell'accusatio iure mariti vel patris*, in *Scritti giuridici*, vol. 1, *Famiglia e successioni*, Jovene, Napoli 1991, pp. 219-278; Id., *In tema di 'accusatio adulterii'. I. L'adulterium della 'sponsa'. II. L'adulterium dell'uxor in captivitate*, in *Scritti giuridici*, vol. 1, *Famiglia e successioni*, Jovene, Napoli 1991, pp. 313-328.

tribui un'iniziativa processuale privilegiata per i primi sessanta giorni¹⁷⁰ (*accusatio iure mariti vel patris*)¹⁷¹; dopodiché, nei successivi quattro mesi a qualunque altro cittadino (*accusatio iure extranei o iure publico*)¹⁷². Occorre, peraltro, precisare che il sistema appena descritto valeva limitatamente alla fattispecie non flagrante di adulterio, avendo il *princeps* scelto di mantenere per l'adulterio flagrante un regime repressivo di tipo privatistico, modellato, pur con fondamentali accorgimenti, su quello monarchico-repubblicano¹⁷³.

Chiarito il significato dell'*accusatio adulterii* e individuati i soggetti ad essa legittimati dal punto di vista attivo, occorre prendere in considerazione l'altra faccia della medaglia, per capire chi fosse il potenziale destinatario di tale accusa. Tale era senza dubbio la *uxor iusta*, che tecnicamente era l'unica possibile autrice del *crimen*

¹⁷⁰ Il termine di sessanta giorni decorreva dal momento del ripudio (*repudium*) dell'adultera: il marito tradito era infatti tenuto, a seguito della scoperta dell'adulterio, a ripudiare la moglie fedifraga. Si trattava non di una facoltà, ma di un vero e proprio onere, che laddove disatteso avrebbe potuto comportare conseguenze anche molto pesanti per il marito stesso. Quest'ultimo avrebbe infatti potuto essere imputato per il *crimen lenocinii*, fattispecie criminosa complessa, comprensiva di diversi reati, tutti sostanzialmente relativi a condotte di sfruttamento della prostituzione. Il marito che non avesse denunciato l'adulterio avrebbe dunque potuto essere considerato accondiscendente rispetto alle condotte adulterine della coniuge e, addirittura, accusato di concedere la propria moglie ad altri al fine di trarre da ciò un vantaggio economico. Laddove condannato per il reato di lenocinio, le conseguenze sarebbero state pesantissime, essendo il *crimen lenocinii* disciplinato dalla stessa *lex Iulia* e punito con le medesime sanzioni previste per il *crimen adulterii*, ossia pene sia patrimoniali (la confisca, per la donna, di metà della dote e, per l'uomo, di metà del patrimonio) sia personali (la cosiddetta *relegatio in insulam*, cioè l'esilio perpetuo da Roma). Sul *crimen lenocinii* si rinvia a: G. Rizzelli, *Il crimen lenocinii*, in *AG*, 210 (1990), pp. 457-495; Id., *Lex Iulia de adulteriis*, cit.; G. Kleinfeller, *s.v. Lenocinium*, in A. Pauly e G. Wissowa (et al.), *Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaft* 12/2 (1925), pp. 1942-1943; S. Puliatti, *Lenocinii crimen*, in F. Botta (a cura di), *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione: Atti del Convegno di Cagliari, 13-14 ottobre 2000*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 147-216; S. Puliatti, *Il diritto penale dell'ultima legislazione giustiniana. I crimini contro la moralità e la famiglia. I reati sessuali: adulterio, stupro, lenocinio*, in C. Cascione e C. Masi Doria (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, vol. 7, Editoriale scientifica, Napoli 2007, pp. 4491-4523. Si veda inoltre: V. Giuffrè, *Un senatoconsulto ritrovato: il 'Sc. de matronarum lenocinio coercendo'*, in *ANA*, 91 (1980), pp. 7-40; M. Malavolta, *A proposito del nuovo S.C. da Larino*, in *Sesta Miscellanea greca e romana*, 27 (1978), pp. 347-382; T. A. J. McGinn, *The SC from Larinum and the Repression of Adultery at Rome*, in *ZPE*, 93 (1992), pp. 273-296.

¹⁷¹ D. 48.5.15(14).2 (Scaev. 4 reg.): «*Marito primum, vel patri eam filiam, quam in potestate habet, intra dies sexaginta divortii accusare permittitur nec ulli alii intra id tempus agendi potestas datur: ultra eos dies neutrius voluntas expectatur*»; D. 48.5.25(24).3 (Macer 1 publ.): «*Illud in utroque ex sententia legis quaeritur, an patri magistratum occidere liceat? Item si filia ignominiosa sit aut uxor contra leges nupta, an id ius nihilo minus pater maritusve habeat? Et quid, si pater maritus leno vel aliqua ignominia notatus est? Et rectius dicitur eos ius occidendi habere, qui iure patris maritave accusare possunt*».

¹⁷² Il riferimento all'accusa da parte degli 'extranei' compare in D. 48.5.4.1 (Ulp. 8 disp.): «*Extraneis autem, qui accusare possunt, accusandi facultas post maritum et patrem conceditur: nam post sexaginta dies quattuor menses extraneis dantur et ipsi utiles*». L'espressione «*accusatio iure publico*» è, invece, utilizzata da Paolo: D. 48.5.41(40) pr. (Paul. 19 resp.): «*Quaesitum est, an ea, quam maritus adulterii crimine se accusaturum minatus est nec quicquam egit vel iure mariti vel iure publico, nubere possit ei, quem in ea reum adulterii destinavit*».

¹⁷³ Per quanto concerne il regime repressivo dell'adulterio in età monarchica ci preme ricordare P. Giun-
ti, *Adulterio e leggi regie: un reato fra storia e propaganda*, cit.

adulterii, che l'ordinamento concepiva esclusivamente quale adulterio della donna sposata¹⁷⁴.

Se questo è l'inconfutabile dato di partenza, occorre però chiedersi se, accanto alla *uxor iusta*, l'*accusatio adulterii* potesse essere esperita anche verso altre categorie di donne. In merito a tale interrogativo e rispetto alle varie figure femminili che astrattamente vengono in rilievo¹⁷⁵, ciò che in questa sede interessa particolarmente indagare è la configurabilità dell'*accusatio adulterii* nei confronti, da un lato, della *uxor iniusta* e, dall'altro, della *concupina*¹⁷⁶. Trattandosi peraltro, come già precisato, di situazioni fra loro diversificate e non sovrapponibili, sarà necessario prenderle in considerazione separatamente, in quanto la questione, pur identica, potrebbe trovare risposta differente nei due casi.

7.2 L'adulterio della *uxor iniusta*

Dal momento che, come anticipato, la *lex Iulia de adulteriis* rivolgeva la propria disciplina verso la *uxor iusta*, mirando la repressione dell'adulterio a tutelare l'integrità dell'istituto matrimoniale inteso come *matrimonium iustum* e, di riflesso, la legittimità della prole, riteniamo opportuno iniziare l'analisi dal modello che, rispetto al *matrimonium iustum* rappresentava l'alternativa. Dobbiamo, cioè, chiederci come fosse valutato l'adulterio perpetrato all'interno del cosiddetto *matrimonium iniustum* e che tipo di conseguenze potessero scaturire in capo alla *uxor iniusta* che avesse violato il vincolo – ammesso che di 'vincolo' si potesse effettivamente parlare – di fedeltà coniugale.

Ragionando astrattamente, se l'*adulterium* in senso stretto era configurabile solo nei confronti della *uxor iusta*, cioè quella legata al marito da *iustae nuptiae*, potrebbe parere superfluo domandarsi quale sia la sorte di quella stessa condotta perpetrata dalla *uxor* che *iusta* non fosse. Partendo infatti dalla constatazione che tale unione non era riconosciuta come *matrimonium* dal punto di vista civile, si potrebbe ipotiz-

¹⁷⁴ Sulla natura del *crimen adulterii* come reato proprio (esclusivo) e sui relativi soggetti attivi del reato cfr. *supra*, nota 165.

¹⁷⁵ Fra tali figure femminili sono state oggetto di studio soprattutto la *virgo*, ossia la ragazza non ancora sposata, e la *vidua*, ossia la donna sposata ma rimasta vedova del proprio marito. In entrambi i casi la dottrina ritiene per lo più che si ricadesse nell'ambito applicativo della *lex Iulia de adulteriis* e che, pertanto, le relative condotte sessuali venissero represses come *crimina*, sebbene dalle fonti qualificate non come *adulterium*, bensì come *stuprum*, ossia il termine con cui i giuristi romani individuavano la relazione sessuale intrattenuta dalla donna non sposata con un uomo non identificabile come suo marito. Per approfondimenti in materia di *stuprum*, del quale non è possibile trattare compiutamente in questa sede, si vedano gli studi di F. Botta, 'Per vim inferre'. *Studi su stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, AV, Cagliari 2004; R. Lambertini, 'Stuprum' violento e ratto, in *Index*, 36 (2008), pp. 505-524; M. Molè, s.v. *Stuprum*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 18, Utet, Torino 1971, pp. 582-587; S. Puliatti, *Il diritto penale dell'ultima legislazione giustiniana. I crimini contro la moralità e la famiglia. I reati sessuali: adulterio, stupro, lenocinio*, cit.; G. Rizzelli, 'Stuprum' e 'adulterium' nella cultura augustea e la 'lex Iulia de adulteriis' (*Pap. 1 adult. D. 48.5.6.1 e Mod. 9 diff. D. 50.16.101 pr.*), in *BIDR*, 90 (1987), pp. 355-388; Id., *Lex Iulia de adulteriis*, cit.

¹⁷⁶ M. V. Sanna, *Matrimonium iniustum, accusatio iure viri et patris e ius occidendi*, in *AUPA*, 65 (2010-2011), pp. 201-230, poi confluito in Id., *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico*, cit.

zare che allora il diritto avrebbe dovuto teoricamente disinteressarsene anche agli effetti penali; con l'ulteriore evidente conseguenza che l'infedeltà coniugale all'interno di un *matrimonium iniustum* sarebbe andata del tutto esente da repressione e quindi, indirettamente, sarebbe stata quasi considerata ammissibile dall'ordinamento romano.

In realtà, tale ipotesi perde immediatamente consistenza se si considera che la relazione extraconiugale a danno di un *matrimonium iniustum*, anche se tecnicamente non può essere definita *adulterium*, dovrebbe tuttavia poter configurare un caso di *stuprum*. Quest'ultimo termine, che a noi evoca immediatamente drammatici fenomeni di violenza sessuale e costrizione fisica, assumeva nel contesto della legislazione augustea tutt'altro significato. In particolare, com'è stato rilevato, «la nozione di *stuprum* secondo la *lex Iulia* è estranea ad ogni idea di violenza» ed è avvicicabile più al concetto di adulterio che non al contenuto dell'articolo 609-bis del nostro codice penale. Infatti «la parola *stuprum*, a Roma, non indicava la violenza sessuale», ma piuttosto si riferiva a «qualunque rapporto sessuale intrattenuto da una donna al di fuori del matrimonio (e dunque, anche quello di una donna nubile), del tutto indipendentemente dal fatto che la donna fosse o meno consenziente»¹⁷⁷.

Se, quindi, lo *stuprum* nella sua accezione ampia indica qualsiasi unione sessuale con una donna non sposata ma di condizione *honorata*, e se lo *stuprum* era represso al pari dell'*adulterium*, significa che l'infedeltà della *uxor iniusta*, qualificabile come *stuprum*, lungi dall'essere irrilevante dal punto di vista penalistico, rappresentava – al pari dell'*adulterium* – un *crimen* e, in quanto tale, poteva essere repressa attraverso l'intervento statale.

Nonostante questo primo dato appaia ai nostri occhi già piuttosto eccentrico, risulta ancor più sorprendente constatare come dalle fonti sembri emergere non tanto una punibilità dell'infedeltà coniugale della *uxor iniusta* a titolo di *stuprum*, ma piuttosto la possibilità di esperire nei suoi confronti la stessa *accusatio adulterii* prevista per la *uxor iusta*.

A riguardo, il primo passo che viene in rilievo appartiene ad Ulpiano: in esso il giurista, affiancando alla *uxor 'iusta'* quella '*iniusta*', pone sullo stesso piano le nozze legittime (*iustae nuptiae* o *iustum matrimonium*) e quelle illegittime (specularmente, *iniustae nuptiae* o *iniustum matrimonium*)¹⁷⁸, affermando che in entrambi i casi l'uomo – marito o compagno che fosse – per perseguire l'infedeltà della moglie o della compagna poteva «*accusationem instituere*»¹⁷⁹. Ulpiano ritiene, infatti, che senza dubbio («*plane*») l'uomo possa intentare l'accusa sia nei confronti della *uxor iusta* sia nei confronti della *uxor iniusta*. Peraltro, a sostegno della propria afferma-

¹⁷⁷ E. Cantarella, *Passato prossimo*, cit., p. 57. Per un ulteriore approfondimento si veda anche la relativa recensione di M. Salvatore, *Rec. E. Cantarella, Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, in *Riv. filol. istr. class.*, 124 (1996), pp. 475-483.

¹⁷⁸ Sulla non perfetta sovrapponibilità tra '*matrimonium*' e '*nuptiae*' si rinvia alle osservazioni di A. Romano, *Matrimonium iustum*, cit., p. 4 (cfr. *supra*, nota 30).

¹⁷⁹ C. Fayer, *La familia romana*, cit., vol. 3, p. 313. Sul punto, si veda anche quanto affermato da D. Daube, *The accuser under the lex Iulia de adulteriis*, cit., p. 561: «As it stands, the passage puts *matrimonium iniustum* on the same level as *matrimonium iustum*: in either case the husband may proceed *iure viri*».

zione Ulpiano cita l'opinione di un altro giurista, Sesto Cecilio Africano, secondo cui «questa legge – la quale, come si comprende pacificamente dalla rubrica¹⁸⁰, è la *lex Iulia de adulteriis* – riguarda tutti i matrimoni» («*haec lex ad omnia matrimonia pertinet*»). Dopodiché, per avvalorare ulteriormente il ragionamento, richiama la prassi vigente presso il mondo greco, riportando un verso tratto dall'Iliade di Omero.

D. 48.5.14(13).1 (Ulp. 2 *de adult.*): *Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant. Οὐ μόνοι φιλέουσ' ἀλόχους μερόπων ἀνθρώπων Ἀτρεΐδαί.*

Il dato rilevante che emerge da questo brano è che, a fronte della violazione del dovere di fedeltà coniugale, nei confronti della *uxor* – non importa se *iusta* o *iniusta*, «*sive iusta ... sive iniusta*» – sarebbe stato possibile intentare un processo per adulterio. Peraltro – peculiarità ancora maggiore – in ipotesi di violazione di un *matrimonium iniustum*, pur trattandosi di unione non suggellata dalle *iustae nuptiae*, sarebbe stato consentito promuovere un'accusa non in generale per *stuprum*, bensì per *adulterium*; sebbene, in mancanza di un *iustus maritus*, solamente *iure extranei*¹⁸¹.

Tuttavia, secondo parte della dottrina, la progressiva attrazione di tali unioni all'interno della repressione dell'*adulterium* non si sarebbe verosimilmente verificata, dal momento che il termine '*adulterium*' individua e comprende al suo interno anche ipotesi di *stuprum* ulteriori rispetto al rapporto extraconiugale della donna sposata¹⁸². Secondo tale teoria parrebbe, infatti, quanto meno strano ipotizzare nell'ambito del medesimo procedimento repressivo predisposto dalla *lex Iulia* (che si presume adottasse un linguaggio tecnico) un'oscillazione di significato della nozione di *adulterium*, e così ritenere che questa, anziché essere univoca, potesse variare in relazione ai diversi tipi di *accusationes*. Piuttosto, questa dottrina ritiene che la spiegazione rispetto ad una simile stranezza sia da rinvenirsi altrove: in particolare, reputa che si tratti di circostanza conseguente al progressivo allargamento del concetto di *matrimonium* ad altre relazioni monogamiche tendenzialmente stabili, pur trattandosi di unioni diverse dalle *iustae nuptiae*¹⁸³.

¹⁸⁰ Come si comprende dalla parentesi (Ulp. 2 *de adult.*) che segue la rubrica, il frammento D. 48.5.14(13).1 di Ulpiano è tratto dal libro secondo del commentario alla *lex Iulia de adulteriis*. I compilatori giustiniani, autori della monumentale e imperitura opera rappresentata dal *Corpus iuris civilis*, nel raccogliere ed antologizzare nel Digesto gli *iura* dei diversi giuristi latini, raggruppandoli per affinità di argomento, adottarono un rigoroso criterio filologico, specificando per ogni frammento la sua provenienza, con indicazione dell'autore e dell'opera.

¹⁸¹ A riguardo, si vedano le osservazioni di J. A. C. Thomas, *Accusatio adulterii*, cit., p. 70: «Clearly the inference must be that we are, throughout, dealing with women linked in unions less than *iustae nuptiae* but in respect of which, nonetheless, process for *adulterium* – not for mere *stuprum*, – is allowed, albeit only *iure extranei*».

¹⁸² Il riferimento è a G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit., p. 188, il quale ha dedicato numerosi e approfonditi studi al tema dell'*adulterium* e dalla cui opinione, pertanto, non è possibile prescindere.

¹⁸³ Il medesimo Autore (*ibid.*) ritiene, infatti, che tale risultato non sia dovuto ad una variazione della nozione di *adulterium* all'interno della coscienza sociale, bensì al sorgere e all'enuclearsi di nuovi tipi di unione che dell'*adulterium* costituiscono il presupposto. Fra questi, esemplare sarebbe l'*adulterium*

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Al di là delle divergenze dottrinali, ciò che preme rilevare è che il brano ulpiano ci offre un indubbio indizio in ordine al riconoscimento di taluni effetti giuridici – sebbene qui riferibili solo all'esperibilità dell'accusa di adulterio, quindi ad un aspetto che, in effetti, è volto a sanzionare, piuttosto che a tutelare, la *uxor iniusta* – di unioni matrimoniali che non corrispondono al modello legale. Queste ultime, anziché essere relegate al mondo della mera prassi, appaiono essere prese in considerazione dal diritto, che le reputa produttive «di alcuni, sia pur limitati, effetti»: d'altra parte, com'è stato osservato, si trattava pur sempre di «unioni stabili e durature, che riflettono una realtà socialmente rilevante, che può essere normata in maniera più o meno simile al *iustum matrimonium*»¹⁸⁴.

7.3 L'adulterio della concubina

Passando adesso a considerare la seconda delle relazioni di fatto conosciute dall'ordinamento romano (ma più in generale, come visto, dal mondo antico), cercheremo di indagare – analogamente a quanto abbiamo fatto per la *uxor iniusta* – se ed in che misura l'adulterio della concubina avesse rilevanza dal punto di vista giuridico. Già abbiamo ricordato, per quanto brevemente, in che cosa consistesse il rapporto di concubinato; sul punto non è necessario pertanto tornare, potendo adesso limitarci a considerare quale posto occupasse nell'ambito della legislazione matrimoniale di Augusto (in particolare della *lex Iulia de adulteriis*), ammesso che vi fosse effettivamente contemplato.

A riguardo, occorre anzitutto osservare – come rilevato da autorevole dottrina¹⁸⁵ – che in verità la legislazione familiare augustea non pare aver preso espressamente

compresso dalla concubina, in quanto ipotesi sicuramente non regolata dalla *lex Iulia de adulteriis*. Sull'adulterio della concubina avremo modo di soffermarci a breve (cfr. *infra*: par. 7.3).

¹⁸⁴ La tesi citata è quella recentemente sostenuta da M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., pp. 197-198, la quale rileva altresì come l'affermazione di Sesto Cecilio, riportata da Ulpiano, secondo cui la *lex Iulia de adulteriis* «ad omnia matrimonia pertinet», pur sottintendendo l'esistenza di una pluralità e di una diversa articolazione di effetti fra le varie tipologie di unioni matrimoniali (*matrimonia*), lascia intendere che non era esclusivamente il *matrimonium iustum* a rivestire rilievo giuridico per il diritto romano; al contrario, anche il *matrimonium iniustum* era considerato produttivo di taluni effetti, tra i quali era da annoverarsi certamente – come testimonia il passo – la possibilità da parte del marito/compagno di esperire nei confronti della *uxor iniusta* l'accusa di adulterio.

¹⁸⁵ L'autorevole opinione riportata è quella di P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. 1, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 315-316. L'Autore riconduce l'origine del concubinato, o quantomeno il suo dilagare e la sua diffusione dal punto di vista sociale, alla legislazione augustea. Ciò, da un lato, a causa dei rigidi impedimenti matrimoniali di natura sociale introdotti dalla *lex Iulia et Papia Poppaea*, la quale vietava le unioni coniugali con donne di rango sociale inferiore; dall'altro lato, a causa delle pesanti sanzioni comminate dalla *lex Iulia de adulteriis* contro i reati di *stuprum* o *adulterium*, che complessivamente considerati punivano tutte le unioni extraconiugali con donne *ingenue et honestae*. Secondo Bonfante, la legislazione augustea non avrebbe sanzionato le suddette condotte laddove commesse all'interno di un rapporto di concubinato, che con ogni probabilità non era contemplato dalla *lex*. Il concubinato – o, più correttamente, la sua diffusione – sarebbe stata, piuttosto, una conseguenza indiretta ma fatale di quella stessa legislazione. Come evidenzia alacramente l'Autore, da un lato «la *lex Iulia de adulteriis*, infatti, comminando le sue fiere sanzioni contro lo *stuprum* e l'*adulterium*, elencava una serie di persone vili, nell'orgoglioso spirito della società romana e in particolare della restaurazione augustea, *in quas stuprum non committitur*»; dall'altro «la *lex Iulia et Papia Poppaea* stabiliva una serie di impedimenti matrimoniali di natura sociale». Con la conseguenza che, conclude Bonfante, «la prima apriva la possibili-

in considerazione il concubinato, favorendone, anzi, indirettamente la diffusione. Infatti, da un lato la *lex Iulia de adulteriis*, elencando le persone con cui sarebbe stato possibile avere rapporti sessuali senza incorrere in una pena, non vietava *in toto* le unioni extraconiugali; dall'altro la *lex Iulia et Papia Poppaea*, sancendo una serie di impedimenti matrimoniali di carattere sociale, di fatto in questi casi 'consigliava' tacitamente di ricorrere al concubinato.

Se questo è dunque il quadro generale in cui occorre collocare la relazione di concubinato in epoca augustea, qualche informazione più specifica in merito all'*adulterium* della concubina ci viene nuovamente riportata da Ulpiano. In questo caso dobbiamo fare riferimento al passo immediatamente precedente a quello poco sopra citato, nel quale si ammetteva che «*haec lex ad omnia matrimonia pertinet*».

D. 48.5.14(13) pr. (Ulp. 2 *de adult.*): *Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit.*

In questo brano Ulpiano afferma che, laddove sia stata la concubina e non la moglie a commettere adulterio, non è possibile che venga accusata *iure viri* colei che non fu moglie («*quae uxor non fuit*»). La motivazione addotta è del tutto logica: non si può accusare *iure viri* colei che non è *uxor*, in quanto – potremmo aggiungere, permettendoci di completare il pensiero di Ulpiano, esplicitando ciò che il giurista sottintende – mancando una *uxor*, manca necessariamente anche un *vir*.

Tuttavia, subito dopo aver escluso l'esperibilità dell'*accusatio iure viri*, lo stesso Ulpiano ammette che l'adulterio perpetrato dalla concubina possa essere perseguito mediante l'*accusatio iure extranei*; ciò tuttavia a condizione che la donna, pur concedendosi come concubina («*in concubinatum se dando*»), non abbia tuttavia perso il nome di 'matrona' («*matronae nomen non amisit*»), come accadrebbe nel caso in cui il rapporto di concubinato fosse instaurato dalla donna con il proprio patrono («*ut puta quae patroni concubina fuit*»).

In merito a questo passo parte della dottrina ha osservato come Ulpiano, nell'affermare che non è possibile esperire l'*accusatio iure viri* nei confronti di colei che «*uxor non fuit*», non intenderebbe escludere *tout court* che la concubina sia una *uxor*, ma più semplicemente che questa sia una *iusta uxor*¹⁸⁶. Ulpiano dunque utilizzerrebbe la parola '*uxor*' nella sua accezione tecnica, ossia attribuendole il significato giuridico di 'donna sposata secondo *iustae nuptiae*'. Questa dottrina giunge a tale conclusione poiché sostiene che il richiamo all'*accusatio iure viri* e all'*accusatio iure extranei* (cioè le due accuse tipiche del sistema di repressione dell'adulterio in-

tà, la seconda dava la spinta al concubinato». La medesima opinione risulta condivisa anche da T. A. J. McGinn, *Concubinage and the 'lex Iulia' on Adultery*, cit., p. 338: «Finally, it is likely that the Augustan laws on adultery and marriage indirectly encouraged the rise of respectable concubinage as an institution recognised in its own right».

¹⁸⁶ Anche questa volta l'opinione è di G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, cit., p. 195.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

trodotta da Augusto) dimostrerebbe che il termine *'adulterium'* è utilizzato in senso stretto e non in modo improprio per individuare genericamente lo *stuprum*¹⁸⁷.

Per quanto riguarda, poi, l'esclusione dell'*accusatio iure viri* e la concessione dell'*accusatio iure extranei*, esse sarebbero una logica conseguenza del fatto che l'adulterio è commesso da una donna che non è *iusta uxor*. Secondo questa opinione, infatti, il passo di Ulpiano da una parte ammette che il comportamento della concubina costituisca una relazione extraconiugale qualificabile come *'adulterium'*, ma dall'altra esclude che la donna autrice di quell'*adulterium* sia una *iusta uxor*. Sulla base del ragionamento appena esposto viene, dunque, tratta la conclusione secondo cui dalla combinazione di tali affermazioni non potrebbe che scaturire una soluzione di compromesso, ossia la possibilità per l'uomo di accusare la donna, ma soltanto *iure extranei*¹⁸⁸.

Ad avviso della medesima dottrina, inoltre, tale interpretazione troverebbe riscontro anche attraverso una lettura combinata del *principium* di D. 48.5.14(13) con il paragrafo 1 – poco fa analizzato – dove Ulpiano utilizzerebbe il termine *'uxor'* (*iniusta*) per indicare la concubina e il vocabolo *'matrimonium'* (*iniustum*) per indicare il concubinato¹⁸⁹.

D. 48.5.14(13).1 (Ulp. 2 *de adult.*): *Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusatio- nem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimo- nia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant. Οὐ μόνον φιλέουσ' ἀλόχους μερόπων ἀνθρώπων Ατρείδαι.*

¹⁸⁷ Ivi, pp. 195 ss.: Rizzelli sostiene che la circostanza che la parola *'adulterium'* sia in questo brano utilizzata *stricto sensu* sarebbe testimoniata dal fatto che Ulpiano, da un lato, richiama (sebbene per negarne la concessione) l'accusa effettuata *iure viri* e, dall'altro, permette al contempo alla persona offesa (cioè, come precisa l'Autore, il soggetto di «*accusare... non poterit*») di perseguire solamente *iure extranei* la concubina o in generale – per utilizzare le parole di Ulpiano – colei che «*uxor non fuit*».

¹⁸⁸ Per una migliore e completa comprensione del ragionamento qui sinteticamente riportato, si suggerisce la diretta lettura delle parole dell'Autore: ivi, p. 196.

¹⁸⁹ Sempre ad avviso di Rizzelli (ivi, p. 187) il *principium* del frammento D. 48.5.14(13) e il successivo par. 1 andrebbero senz'altro letti in combinato. Lo stesso si domanda tuttavia se, proprio per questo motivo, non possa ritenersi che Ulpiano, nelle parole iniziali, escluda che la concubina sia una *uxor*, come potrebbe sembrare ad una prima lettura. Provando a ragionare diversamente, secondo l'Autore si potrebbe ipotizzare che il giurista pensasse, impiegando il termine *uxor* senza ulteriori qualificazioni, alla *iusta uxor*, così contrapponendola alla donna che viva in una relazione di concubinato. Ciò sarebbe confermato dal fatto che, nel successivo paragrafo 1, la concubina è definita come *uxor iniusta* e (mediante il rinvio al pensiero di Sesto Cecilio Africano) il concubinato è qualificato come un *matrimonium*, seppur *iniustum*. Del medesimo avviso pare essere anche R. Quadrato, *Maris atque feminae coniunctio*, cit., p. 235, il quale sottolinea come il giurista utilizzi la parola *uxor* per indicare in realtà la concubina. Secondo l'Autore un simile esito, apparentemente da escludersi ad una prima lettura del *principium*, risulterebbe invece del tutto plausibile alla luce del successivo paragrafo 1, che, introducendo il discorso mediante l'avverbio «*plane*» («chiaramente»), contempla – accanto e in aggiunta alla *uxor 'iusta'* – una *uxor 'iniusta'*, ricomprendendo in quest'ultima espressione anche la concubina (anch'essa *uxor*, sebbene *iniusta*). In proposito si veda, inoltre, T. A. J. McGinn, *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, Oxford University Press, New York-Oxford 2003, p. 200, il quale, con riferimento a D. 48.5.14(13).1 afferma: «The text says that unions without *conubium* (i.e., *matrimonia iniusta*) are protected by the *lex Iulia*. This is true of concubinage (at least, the respectable variety) and marriage between Roman men and peregrine women (Briseis, alluded to in Africanus's citation of Homer, serves as an example of both a concubine and a peregrine woman)».

Occorre tuttavia segnalare come la ricostruzione appena esposta, per quanto autorevolmente sostenuta ed argomentata, non risulti unanimemente condivisa dagli studiosi che si sono occupati dell'argomento. Rispetto ad essa, in particolare, è stato recentemente manifestato dissenso da parte di chi ha osservato che l'utilizzo dell'espressione '*omnia matrimonia*', se certamente conferma la sussistenza a Roma di realtà coniugali ulteriori rispetto al *matrimonium iustum*, tuttavia non offrirebbe una valida prova dell'inclusione del concubinato in tale categoria¹⁹⁰. La dottrina sostenitrice di questa seconda tesi, pur essendo persuasa del fatto che il sistema matrimoniale romano non sia connotato da confini rigidi ed inflessibili, ritiene eccessivo qualificare la concubina come *uxor iniusta* – e di conseguenza il concubinato come *matrimonium iniustum* – basandosi sulla semplice affermazione della riferibilità dell'*accusatio adulterii* anche nei confronti della concubina. Viene, infatti, a più riprese sottolineato come il concubinato sia privo dell' *affectio maritalis*, la quale invece – come abbiamo ricordato descrivendo la struttura del *matrimonium iustum* – rappresenta, assieme alla convivenza, uno degli elementi essenziali e costitutivi del matrimonio romano¹⁹¹.

Rispetto a quest'ultimo ragionamento, teoricamente ineccepibile, non può però tacersi l'osservazione di coloro che, a ragione, denunciano la fragilità di una distinzione fondata unicamente sulla valorizzazione del diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo. È stata, infatti, giustamente sottolineata la difficoltà di discernere l' *affectio uxoris* dall' *affectio concubinae*, dal momento che la concubina, vivendo nella stessa casa dell'uomo ed essendo ad esso legata da un rapporto durevole, sebbene fattuale, in niente 'apparentemente' si differenzia dalla moglie.

¹⁹⁰ Contro l'opinione di Renato Quadrato, che sostiene che il concubinato fosse compreso nel *matrimonium iniustum*, si pone M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., pp. 146-147. Secondo l'Autrice la circostanza che il frammento D. 48.5.14(13).1 parli di '*omnia matrimonia*' (sebbene con esclusivo riguardo alla possibilità di esperire l'*accusatio adulterii*) se da un lato testimonia che la parola '*matrimonium*' non era riferita unicamente al *iustum matrimonium*, ma anche alle altre unioni qualificabili come matrimoniali (ossia i cosiddetti '*matrimonia iniusta*', che avevano pertanto il valore giuridico di veri e propri matrimoni), dall'altro non prova però, se non forzando il testo e andando al di là del suo significato certo, che fra tali '*omnia matrimonia*' fosse contemplato anche il concubinato.

¹⁹¹ Sempre M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., p. 146, pur ritendendo che «in tema di matrimonio i giuristi romani non abbiano – come, d'altronde, sarebbe stato difficile, visto l'approccio casistico – creato un 'sistema' dai confini netti, in cui, come afferma dogmaticamente Edoardo Volterra, solo il *matrimonium iustum* poteva produrre gli effetti previsti dall'ordinamento», reputa tuttavia eccessivo, semplicemente argomentando sulla base dell'esperibilità dell'*accusatio adulterii* anche avverso la concubina, far rientrare nei *matrimonia iniusta* anche «il concubinato, che si distingue dal matrimonio proprio per la mancanza dell' *affectio maritalis*». La stessa idea viene ribadita qualche pagina più avanti (ivi, pp. 172-173), quando l'Autrice esclude che il concubinato sia *in toto* assimilabile al *matrimonium iniustum*, distinguendosi da questo proprio per la mancanza dell' *affectio maritalis*, la quale nel *matrimonium* (anche in quello *iniustum*) sarebbe viceversa sempre e comunque presente. Per gli stessi motivi ritiene che il concubinato non possa essere confuso con il *matrimonium* anche S. Treggiari, *Roman Marriage*, cit., pp. 51-52: «In *iniustum matrimonium* each member of the pair intended a marital relationship, but because of some incapacity the union was not fully valid in Roman law. But in concubinatus at least one of couple, the man, did not intend marriage. (Some moderns confuse the issue by calling *iniustum matrimonium* concubinage [...])».

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Pertanto, la distinzione fra una *uxor* e una donna *uxoris loco* basata sull' *affectio maritalis*, astrattamente chiara, nella pratica appare piuttosto evanescente ed «impalpabile», rischiando di risolversi in una «mera questione terminologica»¹⁹².

Gli autori che criticano il precedente assunto spiegano, dunque, l'esperibilità dell' *accusatio adulterii* nei confronti della concubina adducendo una diversa motivazione. In particolare, ritengono maggiormente verosimile che tale possibilità sia dovuta, piuttosto che alla qualificazione del concubinato come *matrimonium iniustum*, ad un allargamento dell'ambito di applicazione della *lex Iulia de adulteriis*¹⁹³ (analogamente a quanto, peraltro, le fonti affermano essere avvenuto anche con riferimento alla *sponsa*)¹⁹⁴; un ampliamento dovuto probabilmente al fatto che al rispetto del dovere di fedeltà erano tenute non solo le *uxores (iustae e iniustae)*, ma più genericamente tutte le donne legate ad un uomo in una relazione che, pur non *iusta* secondo il *ius civile*, fosse tuttavia stabile e duratura¹⁹⁵.

¹⁹² R. Quadrato, *'Maris atque feminae coniunctio'*, cit., p. 231 rileva come non sia affatto agevole tracciare una netta linea di confine in grado di separare e distinguere l' *affectio uxoris* rispetto all' *affectio concubinae* (cfr. *supra*, nota 115). Il discrimine tra le due appare, infatti, esile e quanto mai incerto: in assenza di nozze, la differenza fra la *uxor* vera e propria e la donna ' *uxoris loco*' – che è considerata alla stregua di una moglie, convivendo con il compagno nella medesima casa ed essendo a lui legata da un rapporto durevole, per quanto solo fattuale – si dissolve, perdendo ogni concretezza e divenendo quasi «impalpabile», riducendosi di fatto ad una «mera questione terminologica».

¹⁹³ M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., p. 147 ritiene piuttosto probabile che, in un periodo successivo all'emanazione della *lex Iulia* di Augusto, la possibilità di esperire l' *accusatio adulterii* sia stata estesa anche al concubinato, senza che però tale estensione abbia per ciò solo comportato l'ampliamento della nozione di *matrimonium* (seppur *iniustum*) anche alle unioni qualificabili come concubinato. L'Autrice ribadisce il medesimo concetto anche successivamente (ivi, p. 170), riferendolo questa volta non soltanto alla concubina, ma anche alla *sponsa*. In entrambi i casi, infatti, la possibilità di promuovere l'accusa di adulterio sarebbe verosimilmente conseguenza di un'ulteriore dilatazione dell' *accusatio adulterii*, la quale nei confronti della *sponsa* fu concessa da un rescritto *divi Severi et Antonini*, mentre per quanto riguarda la concubina fu probabilmente dovuta ad un successivo allargamento dell'ambito applicativo iniziale della *lex Iulia*.

¹⁹⁴ Il riferimento è al frammento D. 48.5.14(13).3 (Ulp. 2 *de adult.*): « *Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur*». Tuttavia, occorre segnalare che l'esatto contrario sembra essere affermato in Coll. 4.6.1 (Paul. *sing.*): « *In uxorem adulterium vindicatur iure mariti, non etiam sponsam Severus quoque et Antoninus ita rescripserunt*». Rispetto a tale apparente discrasia non sono mancati i tentativi di conciliazione, come ricorda M. V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali*, cit., p. 186. Essendo i due passi chiaramente riferiti al medesimo rescritto dei due Imperatori Severo ed Antonino, sarebbe secondo alcuni possibile conciliarne il contenuto, ritenendo che da un lato «nel Digesto, quando si parla di *accusatio* nei confronti della *sponsa*, non si faccia riferimento all' *accusatio iure mariti* ma a quella *iure extranei*», dall'altro «nella *Collatio*, quando si afferma che Severo e Caracalla ammisero l'accusa *iure mariti* nei confronti dell' *uxor* e non della *sponsa*, non si intenda necessariamente escludere, nei confronti della *sponsa*, anche l'accusa *iure extranei*».

¹⁹⁵ Per approfondire la tesi appena citata si rinvia direttamente alle parole dell'Autrice: ivi, p. 183.

8. Osservazioni conclusive sull'apparenza nei rapporti familiari di fatto: una relazione *'magis vera quam speciosa'*

Il nostro percorso, che attraverso molteplici tappe ci ha calati all'interno dell'universo del diritto familiare romano, consentendoci di osservare più da vicino le diverse manifestazioni della vita di coppia che il costume e la società pacificamente ammettevano, ci ha posti davanti ad una realtà complessa, dai confini vasti e di difficile definizione. Per riprendere una celebre e fin troppo abusata metafora, possiamo dire che il diritto familiare romano ci appare come un «mare»¹⁹⁶ – o forse dovremmo dire un oceano? – in cui le relazioni di coppia si stagliano come un «arcipelago»¹⁹⁷. Una realtà eterogenea e frastagliata, che sembra quasi anticipare, svariati secoli or sono, il fenomeno che oggi vede moltiplicarsi i modelli familiari e, in conseguenza, dissolversi l'ideale unitario di famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio» che la nostra Carta costituzionale aveva voluto racchiudere nell'articolo 29: un'unitarietà che ormai possiamo dire costituisca un ricordo, essendo destinata, così come la Pangea, ad essere rappresentata soltanto nei libri di storia.

L'analisi del regime giuridico delle unioni diverse dal matrimonio ha infatti rivelato come, al di là dell'istituto coniugale tecnicamente inteso come *matrimonium iustum*, connotato dai presupposti richiesti per la produzione degli effetti giuridici tipici (*in primis* quelli relativi alla filiazione, quali l'acquisto, *ex latere patris*, della *patria potestas* e, *ex latere filii*, dello *status* di *filius legitimus*), il diritto romano abbia manifestato una tendenza a riconoscere determinate conseguenze anche ad unioni o rapporti carenti sotto uno o più di tali profili, a seconda dei casi identificabili nei cosiddetti *matrimonia iniusta* o in unioni del tutto diverse (anche a livello onomastico) dal matrimonio, come il concubinato.

Da tale circostanza è derivato l'interrogativo – che, come abbiamo visto, ha coinvolto gli studiosi della materia – se dalla presenza di tali più o meno limitati effetti possa desumersi il riconoscimento da parte del diritto romano non di un unico tipo di matrimonio, ma di una molteplicità di unioni coniugali. Ci siamo quindi domandati se le fonti lascino emergere la coesistenza di più modelli di coppia, ben individuati sia quanto ai loro specifici *nomina*, sia quanto al regime giuridico, in base al quale sarebbe possibile operare una differenziazione, come gli studi più recenti hanno sostenuto; oppure se la conclusione debba essere un'altra, occorrendo piuttosto recuperare l'impostazione tradizionale, figlia di Edoardo Volterra, che esclude detta pluralità, riconducendo l'intero panorama coniugale romano all'alternativa secca tra *matrimonium iustum* (esistente) e *matrimonium iniustum* (inesistente).

A me pare che – pur non potendo prescindere dalla questione teorica in sé considerata, ma allo stesso tempo cercando di guardare oltre la stessa – sia interessante considerare il meccanismo che ha indotto l'ordinamento di Roma antica a riconoscere talvolta un qualche rilievo anche ad unioni non *iustae*, ossia non conformi a quanto richiesto dal *ius*, dall'ordinamento giuridico complessivamente inteso.

¹⁹⁶ A. C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, cit. (cfr. *supra*, nota 18).

¹⁹⁷ F. D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit. (cfr. *supra*, nota 18).

In altre parole, sembra opportuno valutare quale sia la *ratio* o l'esigenza sottesa all'estensione di taluni effetti giuridici a rapporti che, con terminologia moderna, abbiamo definito non 'di diritto', bensì 'di fatto'¹⁹⁸.

Abbiamo visto come in realtà il mondo antico ammettesse la contemporanea esistenza di più modelli familiari, assegnando a ciascuno di essi uno specifico posto ed una precisa funzione sociale. Abbiamo anche visto come a tale eterogeneità delle relazioni coniugali, del tutto lecita, diffusa e riconosciuta dal punto di vista sociale, non corrispondesse tuttavia un pari rilievo giuridico, dal momento che gli effetti propri del modello principe – ossia il *matrimonium iustum* – in genere non erano estesi né estendibili alle unioni da esso differenziate. Anzi, a ben vedere, i casi in cui il diritto romano ammise un simile ampliamento non furono pensati in un'ottica di *favor familiae*, ossia per garantire tutela giuridica anche ai membri di coppie non sposate. Tutt'altro: anche nei casi in cui è possibile registrare la produzione di taluni effetti per le diverse forme di unione, non è detto che ciò si risolvesse a favore delle stesse. L'esempio dell'*accusatio adulterii* della *uxor iniusta* e della concubina ne offre dimostrazione: in questo caso l'equiparazione riguardava, infatti, un profilo che andava a scapito della *uxor iniusta* (e per qualcuno anche della concubina), la quale, pur non essendo una moglie vera e propria, veniva trattata come tale agli effetti penali, potendo perciò essere destinataria di un'accusa di adulterio al pari della sposa legittima.

Non riteniamo dunque di poter condividere la posizione di coloro che, considerata la pluralità di modelli familiari che animava l'ordinamento di Roma antica, sostengono che lo stesso avrebbe manifestato una tendenza ad ampliare i propri orizzonti al riconoscimento di unioni che, rigorosamente parlando, non configuravano *matrimonium iustum*; tantomeno ci sembra plausibile affermare che il diritto romano – con un'iperbole ancor più accentuata – secoli or sono avrebbe voluto dare risposta affermativa ad uno degli interrogativi che ancora oggi animano l'opinione sociale italiana e straniera, ossia il riconoscimento giuridico delle unioni di fatto.

Questa prospettiva, per quanto affascinante e coinvolgente, soprattutto per il legame quasi 'ombelicale' che cerca di rinvenire tra modernità e antichità, sconta tuttavia forse un eccessivo entusiasmo, alimentato probabilmente anche dalle suggestioni derivanti dai dibattiti che negli ultimi anni hanno impegnato gli operatori giuridici, e non solo.

Quanto appena affermato non significa, però, che gli indizi trasmessici dalle fonti perdano la propria forza: al contrario, questi offrono preziosi elementi per confermare, una volta di più, il ragionamento che fin qui abbiamo cercato di portare avanti.

¹⁹⁸ Ci preme ribadire che l'espressione 'di fatto' è evidentemente propria dei nostri giorni e solo in parte si presta ad essere utilizzata con riferimento ai modelli del diritto romano. Tale precisazione si rende necessaria dal momento che a Roma anche il *matrimonium iustum* si caratterizzava per la sua fattualità (ossia per il suo essere *res facti*). Pur consapevoli di ciò, ci siamo permessi di richiamare la terminologia moderna perché, come abbiamo cercato di mettere in luce, da questo punto di vista *matrimonium iniustum* e concubinato sono assimilabili alla nostra idea di 'unione di fatto', cioè un'unione fra due soggetti che per una qualche incompatibilità o incapacità giuridica non possono sposarsi, ma che nonostante ciò conducono a tutti gli effetti una vita matrimoniale.

Riteniamo, dunque, che il problema non debba essere impostato in termini astratti, attraverso un'individuazione delle diverse categorie e tracciando per ciascuna uno specifico regime giuridico. L'operazione di classificazione che in base alla nostra *forma mentis* siamo abituati a compiere, per scongiurare il disorientamento che altrimenti ci assalirebbe, non sempre però ci conduce a risultati certi e ci consente di tracciare linee di confine nette e invalicabili. D'altra parte, la circostanza che i Romani ammettessero l'esistenza di più rapporti di coppia (*matrimonium iustum*, *matrimonium iniustum*, concubinato) lascia immaginare che una rigidità di confini debba probabilmente escludersi.

Occorre allora abbandonare per una volta la nostra tendenza a classificare i fenomeni giuridici, la nostra necessità di rinvenire a tutti i costi una regola ordinante che non necessariamente esiste, perché non è stata mai formulata in termini generali ed astratti o perché non è mai stata sancita positivamente.

Da questo punto di vista, i dibattiti dottrinali relativi all'individuazione della linea di confine tra *matrimonium iustum* e *matrimonium iniustum* e alla portata giuridica del secondo rispetto al primo – nonché, a ben vedere, anche le difficoltà di distinguere l'*affectio maritalis* dall'*affectio concubinae*¹⁹⁹ – rappresentano problemi in quanto posti in termini astratti, ossia nei limiti in cui si cerchi di risolvere sulla base delle categorie giuridiche generali questioni che in verità sono tutte interne al *factum*. Al contrario, è da quest'ultimo che dobbiamo partire per giungere poi eventualmente ad individuare il *ius*, e non viceversa. In altri termini, la risposta alle nostre domande deve essere cercata nei fatti, nelle singole fattispecie concrete, per valutare se di volta in volta sia possibile riconoscere loro determinati effetti, per svariate ragioni e contemperando i vari interessi, attraverso un bilanciamento che conduce a soluzioni non sempre univoche. Ecco che allora la risposta ci proviene dalle testimonianze dei giuristi che, attraverso i loro *responsa*, cercano di individuare le soluzioni rispetto ai problemi loro sottoposti.

Ripercorrendo dunque i dati emersi dalle fonti analizzate, ciò che risulta non è certo una tendenza all'equiparazione tra le diverse tipologie di coppie. L'unica unione giuridicamente rilevante per Roma è il *matrimonium iustum*: laddove si registra un'estensione di effetti agli altri modelli, ciò avviene non tanto con finalità di tutela della coppia 'illegittima' (*iniusta*) mediante il riconoscimento di diritti e facoltà, quanto attraverso l'imposizione di obblighi (quali quello di fedeltà coniugale) che laddove violati saranno sanzionabili.

Forte è, dunque, la distanza che separa la risposta del diritto romano rispetto alle soluzioni offerte al medesimo problema dagli ordinamenti moderni, dove l'attenzione è rivolta alla tutela e non alla sanzione. Anzi, a riguardo è interessante rilevare come nella recente legge Cirinnà²⁰⁰ siano stati estesi alle unioni civili prati-

¹⁹⁹ Si ricordi l'opinione di R. Quadrato, *'Maris atque feminae coniunctio'*, cit., p. 231 (cfr. *supra*: note 115 e 192); e, inoltre, C. Fayer, *La familia romana*, cit.

²⁰⁰ Legge 20 maggio 2016, n. 76 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze»).

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica
camente tutti i diritti e tutte le facoltà attribuiti dal codice civile alle coppie sposate, ma non l'obbligo reciproco di fedeltà sancito all'articolo 143 del nostro codice²⁰¹.

In questo senso, non paiono dunque sussistere margini di condivisione tra l'impostazione moderna e quella antica, la quale piuttosto sembra collocarsi nel medesimo ordine di idee che abbiamo visto essere alla base della disciplina delle diverse manifestazioni dell'apparenza giuridica. Anche in quei casi, infatti, il modello riconosciuto dall'ordinamento è solamente uno (l'effettivo erede, il legittimo creditore, il vero rappresentante) e la produzione di effetti giuridici nei confronti di soggetti che solo 'apparentemente' ne ricoprono la posizione è concepita per tutelare non questi ultimi, bensì i terzi che a causa di tale situazione di apparenza potrebbero subire un pregiudizio.

Allora, osservata da questa prospettiva, la distanza di tali istituti rispetto al discorso relativo alle unioni extraconiugali si riduce notevolmente: ecco perché ci siamo convinti di poter analizzare congiuntamente due fenomeni (l'apparenza del diritto, da un lato, e le relazioni familiari di fatto, dall'altro) *prima facie* tra loro non affiancabili.

²⁰¹ I «diritti e doveri reciproci dei coniugi» sono enunciati dall'art. 143 c.c., il quale prevede che: «Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. / Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. / Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia». La legge Cirinnà (legge 76/2016) al comma 11 del suo unico articolo recita invece: «Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni». La norma omette dunque di richiamare, tra i vari obblighi a carico dei membri dell'unione civile, quello di fedeltà, aprendo le porte al dibattito sull'opportunità, messa in discussione da alcuni membri del parlamento, di mantenere tale obbligo anche per le coppie sposate con matrimonio tradizionale, e incendiando così gli animi di coloro che, assieme a Denis de Rougemont, con ironia si domandano: «Senza l'adulterio che ne sarebbe di tutte le nostre letterature? Se non esistesse l'adulterio, che fine farebbe l'immaginazione degli scrittori?» (citato in *Corriere della Sera*, 30 maggio 1999). Sul punto si rinvia alle osservazioni di E. Falletti, *Le radici del dovere di fedeltà alla luce delle recenti evoluzioni del diritto di famiglia*, in *Quest. giust.*, 2 (2017), pp. 134-148, la quale a conclusione del suo saggio (p. 148), dopo aver affermato che «lo stralcio dell'obbligo di fedeltà per le coppie omosessuali e il mantenimento del dovere giuridico di fedeltà per le coppie eterosessuali sposate intende rimarcare politicamente una *deminutio capitis* nei confronti delle sole coppie omosessuali, orientato a qualificare in senso negativo una fondamentale riforma evolutiva della disciplina del diritto di famiglia», avvisa però che «non sempre ciò che appare è». Al contrario, proprio «lo stralcio dell'obbligo di fedeltà da un lato configura la liberazione da un retaggio della tradizione e del controllo sociale, dall'altro è una conquista a favore della consapevolezza genuina e autentica del rispetto della persona con cui si condivide almeno una parte del proprio percorso esistenziale». La motivazione, a ben vedere, è semplice: «Si vive insieme, si condividono gioie, impegni e responsabilità perché ci si sceglie e si è liberamente determinati a farlo e non perché si è obbligati da una previsione normativa e dalla relativa sanzione». Il tema è, ancora una volta, quello della tensione tra autonomia privata e regolamentazione pubblica in ambito familiare, che riecheggia nelle già ricordate parole di Jemolo (cfr. *supra*: nota 18), secondo cui la famiglia è «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto».

In conclusione, alla luce delle considerazioni svolte, possiamo forse chiudere la nostra trattazione prendendo in prestito, ancora una volta, le parole di Gaio – già utilizzate per descrivere i rapporti tra creditore apparente e *falsus creditor*²⁰² – e, col *placet* del giurista, invertire i termini per affermare che tra apparenza e relazioni familiari di fatto l'affinità è *'magis vera quam speciosa'*.

²⁰² Cfr. cap. 3, par. 5.

Conclusioni

Siamo giunti al termine della nostra trattazione, con la quale abbiamo voluto studiare un tema classico, quale la dialettica tra fatto e diritto nell'esperienza giuridica di Roma antica, utilizzando come chiave di lettura un principio moderno: quello dell'apparenza del diritto.

Quest'ultimo è stato affrontato con riferimento alle sue più rilevanti applicazioni nelle diverse materie: erede apparente (diritto successorio), pagamento al creditore apparente (adempimento delle obbligazioni), rappresentante apparente (rappresentanza negoziale). Per ognuna di esse è stata proposta un'indagine che, partendo dall'istituto nella sua configurazione moderna, ha cercato di individuarne le radici storiche nell'esperienza di Roma antica.

Così, attraverso un'analisi delle fonti dei giuristi romani, da un lato, e delle interpretazioni dottrinali che ne sono state offerte, dall'altro, ciascuna fattispecie è stata posta a confronto con il proprio 'precedente' nel diritto romano, rispettivamente identificato nel *possessor pro herede*, nel *falsus creditor* e nel *falsus procurator*, per valutare quali fossero i margini effettivi di tale 'apparente' continuità.

Accanto a questi istituti, che rappresentano le principali manifestazioni dell'*apparentia iuris* come modernamente concepita, sono stati presi poi in considerazione i rapporti di fatto propri del contesto familiare – quali le relazioni *more uxorio*, il *matrimonium iniustum* e il concubinato – che a loro volta abbiamo interpretato come riconducibili *lato sensu* all'apparenza del diritto.

Il lavoro ha cercato di esaminare tutti i fenomeni citati seguendo un percorso analogo, interrogandosi su quali siano le ragioni che in taluni casi hanno indotto l'ordinamento ad estendere la disciplina propria dell'istituto giuridico alla relativa fattispecie apparente. Tale ricerca è stata però compiuta invertendo l'ordine consueto, che imporrebbe di partire dal contesto antico e progressivamente seguire l'evoluzione storica. Al contrario, la nostra scelta è stata quella di procedere in modo diverso, guardando al 'nuovo' per poi risalire alle origini.

In questo nostro percorso, una volta definito il principio di *apparentia iuris* e individuatene le più importanti manifestazioni nel contesto moderno, per ognuna di esse è stato cercato un possibile antecedente nell'ambito del diritto romano. Ciascuno di questi istituti del passato è stato poi preso in considerazione singolarmente, seguendo uno schema per quanto possibile analogo.

Con questo obiettivo, abbiamo scelto di iniziare ogni capitolo con una descrizione della fattispecie di apparenza di volta in volta presa in considerazione, al fine di fare luce sulla questione giuridica rispetto alla quale incardinare il raffronto. Soltanto una volta delineati in modo chiaro i contorni della figura moderna è stato pos-

sibile concentrare l'attenzione su quella prevista dal diritto romano, che sarebbe rimasta inafferrabile senza una preliminare adeguata comprensione del fenomeno rispetto al quale indagare le origini.

Una volta individuato l'*avus* delle singole fattispecie di apparenza, è stato possibile effettuare un inquadramento dell'istituto nei suoi connotati essenziali, quali i requisiti di esistenza, la *ratio* giustificatrice e soprattutto le conseguenze giuridiche ad esso connesse. Lo studio di tali effetti è stato evidentemente funzionale ad un duplice scopo: da un lato, ipotizzare un paragone con il diritto del nostro tempo, per stabilire se di volta in volta siano individuabili segnali di continuità o, piuttosto, di frattura fra esperienza antica e moderna; dall'altro, effettuare un confronto interno tra le singole fattispecie, per valutare l'esistenza di una linea di tendenza comune, che, al pari del moderno principio dell'apparenza del diritto, le assimili sotto una *eadem ratio*.

Al termine della trattazione dei singoli istituti, e dunque in esito a ciascun capitolo monografico, sono state proposte delle osservazioni di chiusura, che riassumono i termini della questione affrontata e prospettano i risultati ricavati dall'analisi compiuta. Queste conclusioni parziali sono adesso preziose per argomentare quelle finali e presentare gli esiti della ricerca finora portata avanti con fatica e passione.

Come abbiamo cercato di dimostrare con riferimento a ciascuno degli ambiti esaminati, le analogie e le assonanze tra le moderne manifestazioni di apparenza giuridica e i rispettivi antecedenti storici non sempre risultano confermate. Se l'esperienza di Roma antica si manifesta sensibile rispetto al riconoscimento di taluni effetti giuridici a situazioni difformi rispetto al modello legale, ciò tuttavia non avviene per le medesime finalità che connotano i moderni ordinamenti.

Alla luce delle fattispecie tramandateci dai giuristi è emerso che il più delle volte l'estensione dell'effetto giuridico alla situazione apparente è dettata da finalità punitive e sanzionatorie rispetto a condotte fraudolente o comunque lesive del fondamentale canone di buona fede. D'altro canto, lo studio dei rapporti familiari di fatto ha dimostrato che, nonostante Roma conoscesse una pluralità di realtà coniugali di cui ammetteva pacificamente la coesistenza, tuttavia solo alcune di esse (e solo a talune condizioni) ricevevano attenzione da parte del diritto.

Per comprendere la complessità dei fenomeni che abbiamo cercato di rappresentare, per coglierne e apprezzarne l'essenza, è necessario dunque osservarli dalla giusta prospettiva: provando a seguire tale indicazione, questi non appaiono più disordinati e ingestibili, ma piuttosto frutto di un'impostazione ben precisa e affatto casuale. La soluzione che Roma offre alle questioni giuridiche non è infatti mai affidata al caso, essendo piuttosto fondata e plasmata sulle singole fattispecie concrete con le loro specificità. Risulta dunque confermata l'assoluta inclinazione del diritto romano verso un approccio casistico, che tuttavia non vuole alimentare l'incertezza, anzi mira ad individuare la risposta maggiormente confacente al caso concreto, ispirata ai canoni di giustizia e di ragionevolezza, o per utilizzare le ormai note parole di Celso al '*bonum et aequum*'.

Si tratta, in sostanza, di quell'atteggiamento che, andato perduto con le grandi codificazioni ottocentesche, oggi si cerca in parte di restaurare, attraverso il recupero della dimensione casistica di matrice anglosassone e propria dei sistemi di *common law*. Quest'ultima è, infatti, alla base della prospettiva rimediale che sempre più

spesso viene invocata come la ‘panacea’ del male rappresentato dall’irrigidimento della fattispecie legale, tipico dei sistemi di *civil law*, che oggi ne stanno subendo gli effetti negativi, ulteriormente acuiti dall’attuale crisi del sistema delle fonti, che hanno oramai perso ogni riferimento di confine.

In un simile panorama, allora, l’unica àncora di salvezza è appellarsi alla ragionevolezza, che nel firmamento dei principi giuridici rappresenta ‘la stella polare’ in grado di indicarci la strada, per orientare rettamente le nostre scelte in ogni settore del diritto; o forse potremmo dire in ogni ambito delle relazioni sociali, dal momento che il diritto nasce per regolare le nostre vite e disciplinare la nostra coesistenza.

Ma questa ragionevolezza, oggi tanto invocata dagli operatori, pratici e teorici, che frequentemente ad essa si appellano per avvalorare le proprie decisioni e le proprie teorie, era l’anima stessa del diritto romano, che nella sua ‘controversialità’ costantemente riusciva a rinnovarla e rinvigorirla.

Quest’ultimo aspetto conferma che quanto oggi strenuamente inseguiamo come un obiettivo da raggiungere e come un monito per il ‘futuro’ costituisce, in verità, parte del nostro ‘passato’: un ‘passato’ che, troppo spesso considerato come un fossile da spolverare e osservare dal vetro di una bacheca, rappresenta piuttosto il basamento su cui si regge l’architettura del nostro presente. Non possiamo dunque dimenticare che questo ‘passato’ è uno dei fondamentali cromosomi di cui si compone il nostro corredo genetico; e che, in quanto tale, pur talvolta rimasto a lungo latente, non può per questo dirsi scomparso, essendo anzi pronto a manifestarsi nuovamente nelle generazioni future.

Volendo dunque prospettare qualche conclusione in merito agli esiti di questa nostra ricerca, possiamo affermare che, pur nell’eterogeneità dei risultati parziali, frutto del più volte richiamato *ius controversum*, gli studi condotti hanno dimostrato una linea di tendenza comune, una sorta di *fil rouge* in grado di tenere insieme fenomeni tra loro *prima facie* distanti. Questa tendenza è riscontrabile nell’esigenza, atavica e insopprimibile, di offrire risposta a situazioni che, pur formalmente non rientranti nella fattispecie legale o *lato sensu* giuridica, cionondimeno ne condividono la sostanza. Si ritiene cioè che tutti i fenomeni analizzati, pur nel rispettivo contesto di riferimento e con le dovute differenziazioni, siano espressivi di una medesima analoga inclinazione, di una sorta di necessità superiore, che in maniera non dissimile le origina e le alimenta.

Questa disvelata vocazione affonda in verità le proprie radici in un fenomeno connaturato ad ogni esperienza giuridica, quale che sia il contesto o l’epoca storica di riferimento. Si tratta dell’immanente tensione tra ‘fatto’ e ‘diritto’ che da sempre anima l’ordinamento e impegna gli interpreti, alla continua incessante ricerca di un delicato punto di equilibrio che tenga insieme i due mondi, quello del *factum* e quello del *ius*. Due universi che, nella loro apparente separazione e incomunicabilità, finiscono spesso per collidere, creando brecce sempre più fitte e profonde nel muro di confine che, pur destinato a rimanere in piedi, manifesta a tratti una certa cedevolezza. Ed è così che non di rado si verificano fenomeni di osmosi, che alimentano situazioni di ‘apparenza’, in cui fatto e diritto si confondono e si fondono in un dolce abbraccio, pur talora foriero di rischi per l’osservatore esterno che, tendendo la mano verso il ‘diritto’, si trova invece ad afferrare il ‘fatto’.

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Per emergere da questo mare in tempesta e riuscire ad orientarsi tra le onde del fatto e del diritto, è dunque necessaria una bussola in grado di indicarci la via da percorrere: ecco che prontamente vengono in nostro soccorso i principi fondamentali – certezza del diritto, legittimo affidamento e buona fede – che, come una squadra di ‘supereroi’ riportano il *cosmos* dove prima dominava il *caos*, consentendo all'interprete di trovare la soluzione ‘*bona et aequa*’ che giace sull'immenso fondale del mare giuridico.

Indice delle fonti

I. FONTI GIURIDICHE ANTICHE

a) FONTI PREGIUSTINIANEE		2.61	96.52; 96.53
		2.86	154.22
<i>Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum</i>		2.87	154.22; 155.24
		2.88	154.22
4.6.1	248.194	2.89	154.22
4.8.1	225.123	2.90	154.22
		2.91	154.22
<i>Domitii Ulpiani Institutionum fragmenta Vindobonensia</i>		2.92	154.22
		2.93	154.22
4	91.43	2.94	154.22
		2.95	154.22
<i>Gai Institutiones</i>		2.139	81.32
1.53	226.125	2.153	97.54
1.59	202.49	2.154	98.54
1.98	224.119	2.155	98.54
1.99	224.119	2.156	97.54
1.110	229.132	2.157	97.54
1.111	230.138	2.158	98.54
1.112	230.134	2.159	81.33; 98.54
1.113	230.136	2.160	98.54
1.114	81.33	2.161	97.54
1.118	81.33	2.162	97.54
1.119	59.110	3.1	49.80
1.132	226.124	3.2	49.80
1.144	141.79; 153.19	3.3	49.80; 81.33
1.190	141.79; 153.19	3.4	49.80
1.192	154.24; 227.128	3.5	49.80
1.196	208	3.6	49.80
2.52	99	3.7	49.80
2.53	100	3.8	49.80
2.54	98.55; 100	3.9	49.80
2.55	101; 102	3.10	49.80
2.56	101; 102; 103	3.11	49.80
2.57	103	3.12	49.80
2.58	98	3.13	49.80
2.59	96.52; 96.53	3.14	49.80; 81.33
2.60	96.52	3.15	49.80

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

3.16	49.80	13.1	212
3.17	49.80	13.2	213
3.18	80.28	28.7	49.80
3.26	49.81	29.1	49.80
3.32	81.32		
3.40	49.80		
3.41	49.80		
3.80	80.31		
3.110	137.72		
3.111	137.72		
3.112	137.72		
3.113	137.72		
3.114	137.72		
3.155	169.67		
3.183	99.56		
3.195	99.56		
3.205	131.58		
3.206	131.58		
3.207	131.58		
3.209	99.56		
4.8	99.56		
4.34	47.73; 48.78		
4.35	47.73		
4.36	47.73		
4.37	47.73; 50.84		
4.38	47.73		
4.75	227.127		
4.83	156.28		
4.84	156.28; 169.67; 172.76		
4.144	72		
<i>Leges Duodecim Tabularum</i>			
4.1	94.48; 226.124		
5.4	48.80		
5.5	48.80		
6.3	100.59		
<i>Tituli ex corpore Ulpiani</i>			
3.3	192.23		
5.2	199.39; 199.40; 200; 200.41; 200.42; 204.58		
5.3	200; 200.42		
5.4	200.42; 201		
5.5	200.42		
5.6	200.42		
5.7	200.42		
5.8	200.42		
5.9	200.42		
7.1	234.152		
10.1	226.124		
11.28	208.71		
		b) <i>CORPUS IURIS CIVILIS</i>	
		<i>Codex Iustinianus</i>	
		2.11.15	215.92
		5.5.3 pr.	201.45
		5.16.2	235
		5.60.3	209.76; 209.77
		6.21.3	215.92
		7.29.4	104.74
		<i>Digesta seu Pandectae</i>	
		1.1.1 pr.	182.92
		1.1.7 pr.	80.27
		1.1.7.1	52.90; 80.27
		1.1.10.1	226.125
		1.7.1 pr.	224.119
		1.7.1.1	224.119
		1.14.3	33
		2.14.2 pr.	152.16
		3.2.9.1	206.65
		3.3.1 pr.	160; 162; 169.67
		3.3.1.1	156
		3.3.42.2	169.67
		3.3.47	166.57
		4.4.7.10	68.4
		4.4.23	166.57
		5.3.11 pr.	78.25; 79
		5.3.11.1	78.23; 82
		5.3.12	78.23; 82
		5.3.13 pr.	83
		5.3.13.1	83
		5.3.13.2	85
		5.3.13.3	85
		5.3.13.4	86.40
		5.3.13.5	86.41
		5.3.13.6	86
		5.3.13.7	86
		5.3.13.8	88
		5.3.13.9	88
		5.3.13.10	89
		5.3.13.11	89
		5.3.13.12	90
		5.3.13.13	91
		5.3.13.14	92
		5.3.13.15	93

Francesca Rossi

5.3.20.6a	93.45	24.1.3.10	233.148
5.3.25.16	94.47	24.1.5.8	234.153
5.3.25.17	94	24.1.31.7	233.148
5.3.25.17a	94	24.1.31.8	233.150
12.1.18 pr.	55.95	24.1.32.2	236.156
12.1.18.1	55.95	24.1.32.8	215.92
12.1.32	55.96	24.1.32.19	197.36
13.1.18	126; 179.89	24.1.32.27	209.74
13.4.2.7	135.69	24.1.64	236.159; 237.163
13.4.9	136.69	25.7.1.1	220
17.1.8.3	166.57	25.7.4	222
17.1.8.6	166.57	26.1.1 pr.	154.21
17.1.10.3	169.67	28.1.12	51.87
17.1.31	166.57	28.5.9 pr.	55.96
17.1.55	169.67	28.5.87(86)	98.54
17.1.60.4	165.53	28.5.89	68.4
18.1.1.2	152.16	28.7.12	98.54
18.1.9 pr.	55.97	29.1.7	215.92
18.1.9.1	55.97	29.1.33 pr.	215.92
18.1.9.2	55.98	29.2.57	98.54
18.1.10	56.98	32.37.3	135.67
18.1.11.1	55.98	35.1.15	204.56
18.1.14	56.98	37.1.3.2	80.30
18.1.41.1	56.98	37.11.8.2	55.97
19.1.21.2	56.98	38.6.1.1	80.29
23.1.7	206	38.10.10.4	224.119
23.1.9	208.74	41.5.1	97
23.1.11	205	41.5.3	104
23.2.1	195.30	41.5.4	99
23.2.2	205	43.30.1.5	197.36
23.2.3	205.62	45.1.38.17	154.22
23.2.4	209	45.1.75.8	134.66
23.2.5	152.16	45.1.118.2	134.66
23.2.9 pr.	205.62	45.1.141.5	135.68
23.2.16.1	205.62	46.1.23	134.65
23.2.19	204.59	46.1.34	134.65
23.2.21	204.60	46.2.10	137.74
23.2.22	204.60	46.3.10	137.74
23.2.35	215.92	46.3.12 pr.	136.70
23.2.41 pr.	213.86	46.3.12.1	136.70
23.2.43 pr.	212.83	46.3.12.2	136.70
23.2.43.1	212.83	46.3.12.3	136.70
23.2.43.4	212.83	46.3.12.4	136.70
23.2.43.6	212.83	46.3.18	175; 175.85; 177
23.2.44 pr.	211	46.3.34.3	176; 177
23.2.44.1	211	46.3.38.1	176
23.2.65 pr.	214	46.3.57 pr.	137.73
23.2.65.1	214	46.3.57.1	137.73
23.3.39.1	207.70	46.3.59	134.64
24.1.1	232; 233	46.3.71 pr.	134.65
24.1.3.1	234; 235	46.3.81 pr.	134.65

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

46.3.87	167.57	49.17.6	215.92
46.3.95.6	134.65	49.17.7	215.92
46.3.95.7	134.64	49.17.8	215.92
46.3.98.6	135.68	49.17.9	215.92
47.2.1	99.56	49.17.13	215.92
47.2.43 pr.	120; 122.41; 127; 127.54; 128; 129; 170.70; 173.78	50.16.42	213.86
47.2.43.1	121; 122.41; 128; 170.69; 173	50.16.144	219
47.2.44 pr.	174; 177	50.17.1	28.21; 28.23
47.2.81(80).6	179; 179.90	50.17.54	25; 70.12
47.8.2	99.56	50.17.133	155.24; 228.129
47.10.17.16	169.67	<i>Institutiones Iustiniani</i>	
48.5.4.1	240.172	1.9.1	195.30
48.5.7	214	1.10.1	203.55
48.5.14(13) pr.	245; 246; 246.189	1.22 pr.	209.75; 209.77
48.5.14(13).1	195.28; 203.53; 243; 243.180; 246; 246.189; 247.190	3.9.2	80.28; 81.32
48.5.14(13).3	248.194	3.13 pr.	111.9
48.5.15(14).2	240.171	4.8.1	227.127
48.5.25(24).3	240.171	<i>Novellae Iustiniani</i>	
48.5.41(40) pr.	240.172	117.10	237.162
49.15.12.3	206.65	140.1.1	237.162
49.15.21 pr.	192.23		

II. FONTI LETTERARIE

AMBROSIUS		<i>Pro Tullio</i>	
<i>Hexaameron</i>		3.7	99.56
5.18.58	225.120	13.31	99.56
CATULLUS		<i>Topica</i>	
<i>Carmina</i>		42	161.44
85	15.1	DIONYSIUS HALICARNASSENSIS	
CICERO (MARCUS TULLIUS)		<i>Antiquitates Romanae</i>	
<i>De officiis</i>		2.15.2	225.123
1.17.54	192; 207.69	2.27.1-3	226.124
<i>In Verrem</i>		GELLIUS (AULUS)	
2.2.12.31	49.82	<i>Noctes Atticae</i>	
<i>Pro Caecina</i>		10.2.2	211.82
19.55	158	10.23.5	210.80
20.57	159	17.21.44	192.23

Francesca Rossi

HORATIUS <i>Carmina</i> 4.5.21-24	211.81	SENECA PHILOSOPHUS <i>Dialogi: De providentia</i> 1.3.10-11	236.160
LIVIVS (TITUS) <i>Ab Urbe condita</i> 34.3.2	210.80	SERVIUS MARIUS HONORATUS <i>Commentarii in Vergilii Aeneidos libros</i> 1.73	200
OVIDIVS <i>Amores</i> 3.2.49	210.81	SVETONIUS <i>De vita Caesarum</i> <i>Divus Iulius</i> 52	192.23
PLAUTUS <i>Aulularia</i> 3.8.55 ss. 146 ss. <i>Pseudolus</i> 607 ss.	233.149 192.23 158	<i>Divus Augustus</i> 2.24	214.91
PROPERTIVS <i>Elegiae</i> 2.7.14 3.5.1	210.81 210.81	TACITUS <i>Annales</i> 11.27	192.23
QUINTILIANUS <i>Declamationes minores</i> 247	192.23	TIBULLUS <i>Elegiae</i> 1.6.29	210.81
SENECA MAIOR <i>Controversiae</i> 10.4.16	225.120	VALERIUS MAXIMUS <i>Facta et dicta memorabilia</i> 7.7.4	192.23
		VARRO <i>De vita populi Romani</i> 2 (Non. 848)	225.120

III. FONTI EPIGRAFICHE

<i>Fontes Iuris Romani Antejustiniani</i> (FIRA)	
1.4	225.123

IV. FONTI GIURIDICHE MODERNE

Codice civile italiano (c.c.)		1270	109.3
1	226.126	1277 ss.	109.4
2	208.72	1337	116.27; 146.6
4	51.88	1338	44.65; 146.6
84	205.61; 206.67	1359	44; 44.65
143	252; 252.201	1366	116.27
166 bis	229.133	1375	116.27
212	229.133	1387	115.23
534	33; 65; 66.2; 67; 67.2; 68; 69; 70	1392	165.53
535	68.5; 70.13	1398	145; 145.3; 147.7; 148; 148.10
783	233.151	1399	148
933	36.48; 65.1; 71.14; 77.22; 78.22	1414	24.10; 57.103
948	62.118	1415	24.10
949	62.118	1416	24.10
950	62.118	1703	165.53
951	62.118	1729	34.41
1147	67.2; 70; 70.10; 116; 116.27	1835	34.41
1159	33.41	2033	117; 117.33
1168	62.118	2487 bis	30.32
1170	62.118	2643	66.2
1175	116.27	2648	69.8
1176	109.5; 117.30	2652	66.2; 67.2
1182	109.5	2727	45.67
1185	109.3	2728	45.67
1188	112; 112.10; 112.13; 114; 114.20; 115; 115.21; 133	2729	45.67
1189	24.10; 33; 70.11; 109.3; 115; 115.22; 117.32; 118.35; 128; 128.56; 129; 130; 140; 147.9	Codice civile del Regno d'Italia del 1865	
1190	109.3; 115.23	1242	118.35
1191	109.3	<i>Code Napoléon (C. Nap.)</i>	
1192	109.3	1340 (ex 1277)	118.35
1193	109.3	Codice penale italiano (c.p.)	
1194	109.3	51	110.6
1195	109.3	494	179.88
1197	109.3	556	217.102
1198	109.3	559	216; 216.98; 216.99
1200	109.3	560	216; 216.97; 216.98
1201	109.3	587	217.100
1203	109.3	609 bis	242
1205	109.3	624	178.86
1206	109.3	629	178.86
1218	110; 110.8	640	178.86; 179.88
1219	117.32	Codice di procedura civile italiano (c.p.c.)	
1245	109.3	232	46; 46.70
1262	109.3	239	45; 46.69
1264	116.28	669 bis ss.	39.56
1269	109.3		

Francesca Rossi

Costituzione italiana (Cost.)		D.lgs. 150/2011	39.56
2	110.7; 190.17; 197.38	L. 219/2012	186.7; 228.131
3	232.146	D.lgs. 154/2013	186.7; 228.131
29	187.8; 193.24; 197.38; 232.146; 249	L. 76/2016	185.2; 189.11; 189.12;
30	187.8; 197.38		189.13; 190.16; 251;
32	197.38		251.200; 252.201
111	40.57		
Legislazione italiana		Legislazione francese	
L. 898/1970	186.7	Ord. n. 2016-131	118.35
L. 151/1975	186.7; 228.131; 229.133	Legislazione europea	
L. 442/1981	216.100	Reg. (UE) n. 650/2012	66.1
L. 69/2009	39.56		
D.lgs. 104/2010 (c.p.a.)	110.6		

V. GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione (sezioni civili)		18450/2005 Sez. Un.	44.65
766/1946 sez. III	144.1	16158/2007 sez. I	113.16
514/1953 sez. III	36.49	10297/2010 sez. I	30.32
937/1953 sez. I	36.49	14618/2010 sez. II	147.7
971/1953 sez. I	36.49	17243/2010 sez. III	147.9
1185/1953 sez. I	36.49	390/2011 Sez. Un.	39.55; 40.57
1474/1953 sez. I	36.49	3787/2012 sez. II	147.9
4703/1957 sez. I	36.47; 144.1	7214/2013 sez. II	189.14
780/1964 sez. III	22.1	27409/2013 sez. II	26.16; 28.24;
773/1965 sez. III	32.39		29.26; 147.9
1020/1975 sez. II	22.1	1451/2015 sez. III	26.16; 144.1;
4581/1976 sez. I	147.7		147.9; 148.10
484/1985 sez. III	22.1; 26.17	9328/2015 sez. III	147.9
651/1989 sez. I	113.16	4113/2016 sez. I	148.12
5436/1992 sez. II	144.1	6974/2016 sez. III	148.12
2020/1993 sez. II	34.42; 144.1	12273/2016 sez. II	30.32
7501/1995 sez. II	148.12	14188/2016 sez. I	146.5
9061/1995 sez. I	147.7	15645/2017 sez. III	147.9
9902/1995 sez. II	144.1; 148.12	3703/2018 sez. III	148.12
6488/1997 sez. II	146.5	9758/2018 sez. I	147.9
1720/1998 sez. III	147.9		
4299/1999 sez. I	144.1	Corte costituzionale	
12969/2000 sez. III	146.5; 147.7	126/1968	217.101
5035/2002 Sez. Un.	38.51	147/1969	217.101
3192/2003 sez. II	148.12	91/1973	232.146
17835/2003 sez. III	147.9		
10118/2005 sez. I	143.1		

Bibliografia

~ A ~

- Accardi-Pasqualino G., *s.v. Fictio iuris*, in *N. dig. it.*, vol. 16, Utet, Torino 1938, pp. 1104-1105
- Accettella F., *Pagamento di assegno non trasferibile a persona qualificatasi come rappresentante del prenditore (nota a Cass. Civ., sez. I, 13 maggio 2005, n. 10118)*, in *Banca borsa*, 59/6 (2006), pp. 686-698
- Albamonte A., *Facciamo il punto in tema di apparenza del diritto*, in *Nuovo dir.*, 49 (1972), pp. 809-814
- Albanese A. (a cura di), *Le nuove famiglie: unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite: costituzione, diritti e doveri, rapporti personali e patrimoniali, filiazione, responsabilità, crisi della coppia e scioglimento, successione mortis causa, convenzioni e formule contrattuali*, Pacini Giuridica, Pisa 2019
- Albanese U., *Massime, enunciazioni e formule giuridiche latine*, Hoepli, Milano 1993
- Albertario E., *Conceptus pro iam nato habetur*, in *BIDR*, 33 (1923), pp. 1-78
- Albertario E., *Procurator unius rei*, in *SIGP*, 6 (1921), pp. 87-114 (= *Studi di diritto romano*, vol. 3, Giuffrè, Milano 1936, pp. 495-521)
- Albertario E., *Ancora verus e falsus procurator*, in *SDHI*, 2/1 (1936), pp. 167-170
- Alcaro F., *Diritto Privato*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2017³
- Alonso J., *Estudios sobre la delegación, I, La doble atribución patrimonial. Primera parte*, Santiago de Compostela 2001
- Alonso J., *Estudios sobre la delegación, I, La doble atribución patrimonial. Segunda parte*, Santiago de Compostela 2002
- Alpa G., *Manuale di diritto privato*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2017¹⁰
- Amagliani R., *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino 2005
- Amarelli F., *Scienza giuridica e legislazione*, in *SDHI*, 62 (1996), pp. 711-712
- Amelotti M., *La donatio mortis causa in diritto romano*, Giuffrè, Milano 1953
- Amelotti M., *Discorsi vecchi e nuovi in tema di 'donatio mortis causa' (Rec. S. Di Paola, Donatio mortis causa: corso di diritto romano)*, in *Labeo*, 17 (1971), pp. 339-343
- Andrés Santos F. J., *En torno al origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges: una reconsideración crítica*, in *BIDR*, 103-104 (2000-2001), pp. 317-396
- Andrioli V., *s.v. Confessione (civile)*, in *N. dig. it.*, vol. 3, Utet, Torino 1938, pp. 762-776
- Andrioli V., *s.v. Confessione. Diritto processuale civile*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 4, Utet, Torino 1968, pp. 10-25
- Andrioli V., *Presunzioni (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 13, Utet, Torino 1968, pp. 765-766
- Andrioli V., *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 13, Utet, Torino 1968, pp. 766-772
- Angelici C., *s.v. Società di fatto ed irregolare*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 29, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1993, pp. 1-8

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

- Angelici C., s.v. *Società apparente*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 29, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1993, pp. 1-4
- Angelini P., *Osservazioni in tema di creazione dell'actio ad exemplum institoriae*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 230-249
- Angelini P., *Studi sul procurator*, Giuffrè, Milano 1968
- Angelini P., *Il procurator*, Giuffrè, Milano 1971
- Ankum H., *Quelques problèmes sur le solutionis causa adiectus en droit romain classique*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. 1, Giuffrè, Milano 2007, pp. 139-161
- Annunziata D., *Il procurato aborto in diritto romano. Brevi cenni a proposito di D. 48.8.8*, in *Legal Roots*, 7 (2018), pp. 131-143
- Antoci B., *Famiglie e convivenze. Profili costituzionali*, Lulu Publishing Services, Catania 2013
- Arangio-Ruiz V., s.v. *Usureceptio*, in *Enc. giur. Treccani – Appendice*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1938, pp. 1104-1105
- Arangio-Ruiz V., *Il mandato in diritto romano: corso di lezioni svolto nell'Università di Roma, anno 1948-1949*, Jovene, Napoli 1949
- Arangio-Ruiz V., *Sul problema della doppia cittadinanza nella Repubblica e nell'Impero romano*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. 4, Cedam, Padova 1950, pp. 55-77
- Arangio-Ruiz V., *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli 1978 (ripr. dell'ed. Jovene, Napoli 1968¹⁴)
- Arces P., *Iav. 5 ex post. Lab. D. 18.1.79. Un caso di ius controversum in Giavoleno*, in L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino (a cura di), *Il diritto romano caso per caso*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 113-128
- Archi G. G., *Dote e donazione nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 1950
- Archi G. G., *L'evoluzione della donazione in epoca postclassica*, in *RIDA*, 5 (1958), pp. 391-426
- Archi G. G., *La donazione: corso di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1960
- Archi G. G., *Donazione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 13, Giuffrè, Milano 1964, pp. 930-955
- Amese A., *Gaio e il geo-diritto: l'aliud ius dei peregrini*, in *Ann. Taranto*, 5 (2012), pp. 737-747
- Amese A., *La similitudo nelle Institutiones di Gaio*, Cacucci, Bari 2017
- Aru L., *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Cedam, Padova 1938
- Asprea S., *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 2009
- Astolfi R., *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo impero*, in *SDHI*, 56 (1990), pp. 323-346
- Astolfi R., *Rec. P. Ferretti, Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, in *Iura*, 51 (2000), pp. 181-195
- Astolfi R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Cedam, Padova 2002
- Astolfi R., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2014² (ed. orig. Cedam, Padova 2006)
- Astolfi R., *Sintesi della storia della bigamia in Roma*, in *SDHI*, 76 (2010), pp. 281-290
- Astolfi R., *Definizione e libertà di matrimonio*, in *Diritto@Storia*, 15 (2017)
- Auricchio A., *La simulazione nel negozio giuridico: premesse generali*, ESI, Napoli 1978 (ripr. dell'ed. Jovene, Napoli 1957)

~ B ~

Baccari M. P., *La difesa del concepito nel diritto romano: dai Digesta dell'imperatore Giustiniano*, Giappichelli, Torino 2006

- Baccari M. P., *Curator ventris: il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Giappichelli, Torino 2012
- Balestra L., *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova 2004
- Balice M., *Considerazioni in tema di apparenza del diritto (nota a Trib. Milano, 5 febbraio 1970 e Pretura Milano, 30 maggio 1969)*, in *Giur. mer.*, 4/1 (1972), pp. 78-83
- Ballarani G., s.v. *Rappresentanza*, in *Il diritto: enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, (diretta da Salvatore Patti), vol. 12, Il Sole 24 ore, Milano 2007, pp. 640-648
- Balzarini M., *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Cedam, Padova 1969
- Bandini V., *Appunti in tema di reato di adulterio*, in E. Albertario (a cura di), *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Giuffrè, Milano 1934, pp. 499-507
- Battaglia F., *Furtum est contractatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*, Cedam, Padova 2012
- Bechmann A., *Das ius postliminii und die Lex Cornelia: Ein Beitrag zur Dogmatik des römischen Rechts*, A. Deichert, Erlangen 1872
- Beduschi C., *Il 'ius controversum' fra razionalità e giustizia*, in *Riv. dir. rom.*, 10 (2010)
- Bellinger A. R., *Rec. L. Aru, Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, in *Class. Week.*, 33/1 (2 Ottobre 1939)
- Benatti F., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 1961
- Berri M., *Rilievi sulla riforma della legislazione civile in materia di filiazione adulterina*, Giuffrè, Milano 1967
- Bessone M., *Errore comune e affidamento nella disciplina del contratto (nota a Cass. Civ., sez. III, 29 aprile 1965, n. 773)*, in *Foro it.*, 1 (1966), pp. 1572-1585
- Bessone M. e Di Paolo M., s.v. *Apparenza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 2, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1988, pp. 1-5
- Betti E., *Consapevole divergenza della determinazione causale del negozio giuridico (simulazione e riproduzione 'dicens causa' o 'fiduciae causa')*, in *BIDR*, 42 (1934), pp. 299-325
- Betti E., *Istituzioni di diritto romano*, vol. 1, Cedam, Padova 1942
- Betti E., *Istituzioni di diritto romano*, vol. 2, Cedam, Padova 1960
- Bevivino G., *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, ESI, Napoli 2016
- Bianca C. M., *Diritto civile*, vol. 1, *La norma giuridica, i soggetti*, Giuffrè, Milano 2002²
- Bianca C. M., *Diritto civile*, vol. 2, *La famiglia, le successioni*, Giuffrè, Milano 2001³
- Bianchi E., *Fictio iuris: ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Cedam, Padova 1997
- Bianchi E., *Astrazioni e finzioni in tema di personae. Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index*, 34 (2006), pp. 111-130
- Bianchi E., *A proposito del concepito e delle locuzioni 'in rerum natura esse' e 'in humanis rebus non esse'*, in *Riv. dir. rom.*, 9 (2009)
- Bianchi E., *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'. Fondamenti arcaici e classici*, Giuffrè, Milano 2009
- Bianchi E., *Ancora in tema di concepimento: minime osservazioni lessicali ed esegetiche. A proposito della 'exceptio rei iudicatae': D. 44.2.7.pr.-3 (Ulp. 75 ad ed.)*, in *Riv. dir. rom.*, 11 (2011)
- Bianchi E., *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su Gai., inst. 2.203 e D. 30.24.pr. A proposito di 'cosa futura' e di 'concepturus'*, in *Riv. dir. rom.*, 12 (2012)
- Bianchi E., *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su D. 25.4.1.pr.-1 (Ulp. 24 ad ed.). L'espressione 'portio mulieris ... vel viscerum'*, in *Riv. dir. rom.*, 13 (2013)
- Bianchi G., *La simulazione*, Cedam, Padova 2003

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

- Bigiavi W., *Società occulta, società palese, società apparente (Audizione e legittimazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2 (1957), pp. 528-586
- Bile F., *Rappresentanza e mandato*, in *Enc. for.*, vol. 6, Vallardi, Milano 1961, pp. 89-99
- Bilotta F. (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso: profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Mimesis, Milano 2008
- Bin R., Brunelli G., Guazzarotti A., Pugiotta A. e Veronesi P. (a cura di), *La 'società naturale' e i suoi 'nemici': sul paradigma eterosessuale del matrimonio (Atti del Seminario, Ferrara, 26 febbraio 2010)*, Giappichelli, Torino 2010
- Biondi B., *Appunti intorno alla donatio mortis causa*, in *Ann. Perugia*, 29/2 (1914), pp. 173-222
- Biondi B., *La legislazione di Augusto*, in *Conferenze augustee nel bimillenario della nascita*, Vita e Pensiero, Milano 1939, pp. 141-262
- Biondi B., *Lex e ius*, in *BIDR*, 67 (1964), pp. 39-71
- Biondi B., *Lex e ius*, in *RIDA*, 12 (1965), pp. 169-202
- Birks P., *Fictions Ancient and Modern*, in MacCormick, Neil, Birks, Peter (eds.), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Clarendon Press, Oxford 1986, pp. 83-101
- Bocchini F. (a cura di), *Le convivenze familiari: diritto vivente e proposte di riforma*, Giappichelli, Torino 2006
- Bolaffi R., *Le teorie sull'apparenza giuridica (note critiche)*, in *Riv. dir. comm.*, 32/1 (1934), pp. 131-148
- Bonfante P., *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, vol. 1, G. Bretschneider, Roma 1975 (rist. anast. dell'ed. Bocca, Torino 1898), pp. 1-13 (= *Scritti giuridici varii*, vol. 3, Utet, Torino 1926, pp. 250-261)
- Bonfante P., *Corso di diritto romano*, vol. 1, *Diritto di famiglia*, in G. Bonfante e G. Crifò (a cura di), *Opere complete di Pietro Bonfante*, vol. 3, Giuffrè, Milano 1963 (rist. corr. dell'ed. Sampaolesi, Roma 1925¹)
- Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*, in G. Bonfante e G. Crifò (a cura di), *Opere complete di Pietro Bonfante*, vol. 10, Giuffrè, Milano 1987 (rist. corr. dell'ed. Giappichelli, Torino 1946¹⁰)
- Bonelli F., *Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano 1968
- Bonifacio F., s.v. *Delegazione (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 5, Utet, Torino 1968, pp. 325-327
- Bonilini G., *La famiglia* (vol. 1.2), in N. Lipari e P. Rescigno, *Diritto civile*, vol. 1, *Fonti soggetti, famiglia*, Giuffrè, Milano 2009
- Borsari L., *Commentario del Codice civile italiano*, Utet, Torino 1972
- Bortolucci G., s.v. *Usucapio*, in *N. dig. it.*, vol. 12/2, Utet, Torino 1940, pp. 772-775
- Bortolucci G., s.v. *Usureceptio*, in *N. dig. it.*, vol. 12/2, Utet, Torino 1940, pp. 806-807
- Botta F., *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*, AV, Cagliari 1996
- Botta F., *'Per vim inferre'. Studi su stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, AV, Cagliari 2004
- Botta F., *Ancora in tema di accusatio adulterii del minor XXV annis*, in C. Cascione e C. Masi Doria (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, vol. 1, Editore scientifica, Napoli 2007, pp. 439-463
- Branca G., s.v. *Adempimento (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, pp. 548-554
- Branca G., s.v. *Adulterio. Diritto romano*, in *Enc. dir.*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, pp. 620-622
- Bretone M., *'Adquisitio per procuratorem?'*, in *Labeo*, 1 (1955), pp. 280-292
- Bretone M., *I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura*, Laterza, Roma-Bari 2001³

- Bretone M., *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, Bardi, Roma 2008
- Bretone M., *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2 (2011), pp. 11-12
- Briguglio F., *Studi sul procurator*, vol. 1, *L'acquisto del possesso e della proprietà*, Giuffrè, Milano 2007
- Briguglio F., *Servio Sulpicio e la definizione di tutela: vis ac potestas o ius ac potestas?*, in C. Russo Ruggeri (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, vol. 1, Giuffrè, Milano 2009, pp. 163-179
- Brini G., *Possesso delle cose e possesso dei diritti nel diritto romano*, Bretschneider, Roma 1978 (rist. anast. dell'ed. Zanichelli, Bologna 1906)
- Broggini G., *Fictio civitatis strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre?*, in A. Guarino e L. Labruna (a cura di), *Syntelesia: Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. 2, Jovene, Napoli 1964, pp. 934-943 (= G. Broggin, *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1966, pp. 331-342)
- Broise S., *Animus donandi: concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, vol. 1, *Parte generale*, Pacini, Pisa 1975
- Broise S., *Animus donandi: concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, vol. 2, *Parte speciale*, Pacini, Pisa 1975
- Bruni B., s.v. *Concubinato (civile, storia del diritto)*, in *Dig. it.*, vol. 8/1, Utet, Torino 1896, pp. 468-526
- Bruni B., s.v. *Contubernium*, in *Dig. it.*, vol. 8/1, Utet, Torino 1896, pp. 552-556
- Bruni B., s.v. *Contubernium*, in *N. dig. it.*, vol. 14, Utet, Torino 1938, pp. 178-182
- Brunetta d'Usseaux F. e D'Angelo A. (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Giuffrè, Milano 2000
- Brunetta d'Usseaux F. (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Giuffrè, Milano 2002
- Brunetta d'Usseaux F. (a cura di), *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea: formazione, vita e crisi della coppia*, Cedam, Padova 2005
- Brunetti G., *Il diritto romano nella giurisprudenza: l'erede apparente (art. 933 Cod. civ. it.)*, Tipografia Alfonso Garagnani e figli, Bologna 1895, estr. da *AG*, 55 (1895), pp. 116-160
- Bruno D., *Principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento: non invocabile nei casi in cui la legge prescrive speciali mezzi di pubblicità (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 giugno 2016, n. 12273)*, <www.salvisjuribus.it> (2 settembre 2016)
- Brutti M., *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA*, 55 (2012), pp. 75-124
- Burdese A., *Gli istituti del diritto privato romano*, Utet, Torino 1962
- Burdese A., *'Actio ad exemplum institoriae' e categorie sociali*, in *BIDR*, 74 (1971), pp. 61-82
- Burdese A., *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in *SDHI*, 37 (1971), pp. 307-328
- Burdese A., *Manuale di diritto privato romano*, Utet, Torino 1993⁴
- Burdese A., *Rec. M. A. Fenocchio, Sulle tracce del delitto di 'furtum'. Genesi sviluppi vicende*, in *SDHI*, 78 (2012), pp. 753-757
- Busnelli F. D., s.v. *Erede apparente*, in *Enc. dir.*, vol. 15, Giuffrè, Milano 1966, pp. 198-208
- Busnelli F. D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 48/4 (2002), pp. 509-529
- Busnelli F. D. e Bruch C. S., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, *ESI*, Napoli 1988
- Butera A., s.v. *Usucapione*, in *Dig. it.*, vol. 24, Utet, Torino 1921, pp. 115-120
- Butera A., *Sull'apparenza del diritto, con riguardo agli acquisti dei terzi in mala fede dalle anonime fittizie*, in *Foro it.*, 4 (1934), pp. 73-81
- Butera A., *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis*, in Butera A., *Della frode e della simulazione*, vol. 2, Utet, Torino 1936
- Buzzacchi C., *L'abuso del processo nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 2002

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

~ C ~

- Calais-Auloy J., *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1961
- Calusi V. E., *Apparenza del diritto e società commerciali (note critiche)*, in *Dir. fall.*, 32/1 (1957), pp. 270-286
- Camisa G., *L'apparenza del diritto come principio generale (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 gennaio 1985, n. 484)*, in *Foro pad.*, 40/1 (1985), pp. 315-318
- Canale V., s.v. *Usucapione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani (postilla di aggiornamento)*, vol. 32, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 2007, pp. 1-3
- Canfora F., s.v. *Simulazione*, in *Dig. it.*, vol. 21/3, Utet, Torino 1895-1902, pp. 411-451
- Cannata C. A., *Diritto giurisprudenziale e diritto codificato*, in *Labeo*, 45/2 (1999), pp. 240-243
- Cannata C. A., *Finzioni*, in F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 43-48
- Cantarella E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. 1, Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, Milano 1972, pp. 243-274 (riportato ora con qualche cambiamento in *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Giuffrè, Milano 1976, pp. 161-204)
- Cantarella E., *Tacita Muta. La donna nella città antica*, Editori Riuniti, Roma 1985
- Cantarella E., s.v. *Scioglimento del matrimonio. Diritto romano*, in *Enc. dir.*, vol. 41, Giuffrè, Milano 1989, pp. 648-651
- Cantarella E., *La causa d'onore dalla lex Iulia al codice Rocco*, in *Testimonium amicitiae a Franco Pastori*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 71-94
- Cantarella E., *L' 'usus' e la 'conventio in manum' (Rec. I. Piro, 'Usu' in manum convenire)*, in *Labeo*, 41 (1995), pp. 434-450
- Cantarella E., *Ripudio, sacertà, condizione femminile: a partire da una recente interpretazione di Plut., Rom. 22*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Genève-Munich 1999, pp. 15-23
- Cantarella E., *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana: una storia romana di amore coniugale*, in *BIDR* 39 (1997), pp. 205-219 [= *Storia delle donne*, 1 (2005), pp. 115-131]
- Cantarella E., *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, BUR, Milano 2010⁸
- Cantarella E., *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Feltrinelli, Milano 2011³
- Cantarella E., *Passato prossimo: donne romane da Tacita a Sulpicia*, Feltrinelli, Milano 2012⁸
- Cantarella E. e Ricca P., *Non commettere adulterio*, Il Mulino, Bologna 2010
- Caravaglios A., *Non omne quod licet honestum est*, in *Index*, 42 (2014), pp. 662-668
- Carbone P. L., *Pagamento al rappresentante apparente del creditore: apparenza obiettiva o colpevole? (nota a Cass. Civ., sez. II, 7 maggio 1992, n. 5436)*, in *Corr. giur.*, 7 (1992), pp. 759-766
- Carcattera A., *L'analisi del 'ius' e della 'lex' in elementi primi (Celso, Ulpiano, Modestino)*, in *SDHI*, 46-47 (1980-1981), pp. 248-281
- Carnelutti F., *Teoria generale del diritto*, Società editrice del Foro italiano, Roma 1951³
- Caron P. G., s.v. *Concubinato (canonico)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 8, Utet, Torino 1967, pp. 1059-1063
- Carrato A., *Se l'amore è eterno finché dura, quale tutela ha il convivente di fatto che viene estromesso dall'altro dal godimento dell'abitazione comune? (nota a Cass. Civ., sez. II, 21 marzo 2013, n. 7214)*, in *Corr. giur.*, 12 (2013), pp. 1535-1542

- Carro V., *Figli legittimi e figli naturali: riflessioni sulla fine di una storica distinzione*, in *Studi in onore di Felix Wubbe (In honorem Felicis Wubbe antecessoris nonagenari, Fribourg 8 février 2013)*, pp. 39-44, <<http://europeanlegalroots.weebly.com>>
- Casella M., s.v. *Simulazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. 47, Giuffrè, Milano 1990, pp. 593-614
- Caselli G. C., *Concubina pro uxore. Osservazioni in merito al c. 17 del primo concilio di Toledo*, in *Riv. stor. dir. it.*, 37-38 (1964-1965), pp. 163-220
- Casone V. L., *La pluralità dei modelli familiari: le 'nuove' famiglie nell'ordinamento italiano*, in *Legal Roots*, 6 (2017), pp. 177-221
- Cassano G., *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: i principi*, in *Contr.*, 10/12 (2002), pp. 1169-1173
- Cassano G., *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: la rappresentanza apparente*, in *Contr.*, 11/1 (2003), pp. 72-77
- Castelli G., *Il concubinatio e la legislazione augustea*, in *BIDR*, 27 (1914), pp. 55-71 (= *Scritti giuridici*, Hoepli, Milano 1923, pp. 143-163)
- Castro Sáenz A., *Aproximacion a la 'usucapio' pro herede*, in *RIDA*, 45 (1998), pp. 143-208
- Castro Sáenz A., *Sulla fictio iuris*, in *Labeo*, 45/3 (1999), pp. 486-491
- Castronovo C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e Diritto Privato*, 1 (2010), pp. 1-48
- Catalano P., *Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rass. dir. civ.*, 9/1 (1988), pp. 45-61
- Ceccherini G., *Apparenza di rappresentanza e responsabilità del dominus (nota a Cass. Civ., sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299)*, in *Corr. giur.*, 12 (1999), pp. 1501-1510
- Cenderelli A., *La negotiorum gestio: corso esegetico di diritto romano*, vol. 1, *Struttura, origini, azioni*, Giappichelli, Torino 1997
- Centola D., *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in *TSDP*, 5 (2012)
- Chiassoni P., *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 59-87
- Chiazzese L., s.v. *Adulterio. Diritto romano*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1/1, Utet, Torino 1957, pp. 322-323
- Cicu A., *Simulazione di società commerciali (nota a App. Milano, 27 dicembre 1934)*, in *Riv. dir. comm.*, 34/2 (1936), pp. 141-153
- Cipriani F., *Le finzioni nel processo civile*, in F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 89-106
- Cirillo P., *Responsabilità precontrattuale*, Pontificia Università Lateranense, Roma 2010
- Colacino V., s.v. *Fictio iuris*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 7, Utet, Torino 1968, pp. 269-271
- Collinet P., *Les variations de l'usucapion 'pro herede' avant Hadrien*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, vol. 4, Castiglia, Palermo 1936, pp. 131-145
- Colombatto M., s.v. *Erede apparente*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 7, Utet, Torino 1991, pp. 508-510
- Cominelli G., s.v. *Ratifica*, in *Dig. it.*, vol. 20/1, Utet, Torino 1915, pp. 158-168
- Comoglio L. P., s.v. *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 8, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 2007, pp. 1-9
- Comporti M., s.v. *Usucapione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 32, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1994, pp. 1-11
- Coppola F., s.v. *Presunzione*, in *Dig. it.*, vol. 19/1, Utet, Torino 1909-1912, pp. 863-893
- Coppola Bisazza G., *Dallo iussum domini alla contemplatio domini: contributo allo studio della storia della rappresentanza (corso di diritto romano)*, Giuffrè, Milano 2008
- Coppola Bisazza G., *'Usucapio pro herede'-'aditio hereditatis': un rapporto da chiarire*, in *Riv. dir. rom.*, 11 (2011)

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

- Coppola Bisazza G., *Procreazione assistita e capacità di succedere dei concepiti 'post mortem patris'*, in *TSDP*, 8 (2015)
- Coppola Bisazza G., *La capacità di succedere dei concepiti 'post mortem patris': una questione antica*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 647-657
- Cornioley P., *Rec. M. Balzarini, Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, in *Labeo*, 20/2 (1974), pp. 276-288
- Corsanego C., *La repressione romana dell'adulterio*, Pontificii Istituti Utriusque Iuris, Roma 1936
- Coviello L., *La rappresentanza dei non concepiti e la buona fede dei terzi (nota a Cass. Civ., sez. I, 22 maggio 1931)*, in *Foro it.*, 1 (1932), pp. 1315-1320
- Cremieu L., *De la validité des actes accomplis per l'héritier apparent*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 9 (1910), pp. 39-82
- Crifò G., *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 31-117
- Crisolli K. A., s.v. *Publizitätsprinzip*, in *Hw. Rw.*, vol. 4, Berlin-Leipzig 1927, pp. 619-624
- Cristaldi S. A., *Unioni non matrimoniali a Roma*, in F. Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Utet giuridica, San Mauro Torinese 2014, pp. 141-200
- Cugia S., *L'adiectus solutionis causa: diritto romano classico giustiniano-comune*, L. Alvano, Napoli 1919
- Cugia S., *La nullità parziale del negozio giuridico nel D. 24.1 'de don. inter vir. et ux.': saggio preventivo*, L. Alvano, Napoli 1922
- Curti G., *Obbligazioni contratte da un solo coniuge e rappresentanza tollerata: un caso di procura apparente (nota a Cass. Civ., sez. II, 7 luglio 1995, n. 7501)*, in *Dir. fam.*, 26/4 (1997), pp. 1290-1299
- Curti G., *Brevi considerazioni in tema di apparenza semplice, rappresentanza tollerata ed apparente conferimento di poteri rappresentativi (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 settembre 1995, n. 9902)*, in *Dir. fam.*, 26/4 (1997), pp. 1299-1313

~D~

- Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Giuffrè, Milano 1978
- Dalla D., *'Ubi Venus mutatur'. Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Giuffrè, Milano 1987
- D'Amelio M., *L'apparenza del diritto nella giurisprudenza francese*, in *Mon. trib.*, 75 (1934), pp. 641-643
- D'Amelio M., s.v. *Apparenza del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1, Utet, Torino 1957, pp. 714-719
- D'Amico P., s.v. *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 29, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1993, pp. 1-20
- D'Angeli F., *Profili della famiglia di fatto: la fattispecie*, in *Rass. dir. civ.*, 9/1 (1988), pp. 225-295
- D'Angeli F., *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 1989
- D'Angeli F., *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Cedam, Padova 2003
- D'Angelo A., *Note sulla voce 'fictio iuris' negli antichi dizionari giuridici*, in F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 107-116
- Daube D., *The accuser under the lex Iulia de adulteriis*, in *Collected Studies in Roman Law*, vol. 1, V. Klostermann, Frankfurt am Main 1991, pp. 561-573
- D'Avanzo W., s.v. *Confessione*, in *Enc. giur. it.*, vol. 3/2 (sez. 4), Società editrice libraria, Milano 1936, pp. 667-720
- D'Avanzo W., s.v. *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 14, Utet, Torino 1968, pp. 800-832

- De Berardinis A., *La concezione giuridica dell'erede apparente nel codice civile italiano (contributo all'interpretazione dell'art. 933)*, in *AG*, 73 (1904), pp. 247-304
- De Cristofaro C., *Iav. 6 ex post. Lab. D. 24.1.64. La simulazione della crisi coniugale*, in L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino (a cura di), *Il diritto romano caso per caso*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 207-225
- De Dominicis M. A., *Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare 'costante matrimonio' la moglie adultera (A proposito di Dig. 48, 5, 27 [26] pr.)*, in *SDHI*, 16 (1950), pp. 221-253
- De Luca G., *La famiglia non coniugale: gli orientamenti della giurisprudenza*, Cedam, Padova 1996
- De Marco F., *Rappresentanza e legittimazione processuale nelle società di persone (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 febbraio 1953, n. 514)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/3 (1953), pp. 156-158
- De Marco F., *Società di fatto e apparenza giuridica (nota a Cass. Civ., sez. I, 24 aprile 1953, n. 1185)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/3 (1953), pp. 179-181
- De Marco F., *In tema di società occulta (nota a Cass. Civ., sez. I, 10 aprile 1953, n. 937)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/4 (1953), pp. 124-128
- De Marco F., *Rapporti interni e manifestazioni esteriori nelle società di fatto (nota a Cass. Civ., sez. I, 14 aprile 1953, n. 971)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/4 (1953), pp. 473-474
- De Marco F., *Società occulta ed esteriorizzazione verso i terzi (nota a Cass. Civ., sez. I, 20 maggio 1953, n. 1474)*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 32/5 (1953), p. 59
- De Martino F., *s.v. Adiectus solutionis causa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1, Utet, Torino 1957, p. 285
- De Mauri L., *Regulae juris: raccolta di 2000 regole del diritto eseguita sui migliori testi, con l'indicazione delle fonti, schiarimenti, capitoli riassuntivi e la versione italiana riprodotta dai più celebri commentatori*, Hoepli, Milano 2010 (rist. dell'ed. Hoepli, Milano 1936¹¹)
- De Robertis F. M., *La convalescenza delle donazioni fra coniugi nelle orationes di Severo e Caracalla*, Tip. Cressati, Bari 1937
- De Robertis F. M., *Sul concetto di donazione nel diritto romano*, A. Cressati, Bari 1939
- De Visscher F., *Conferenze romanistiche*, vol. 4, *L'espansione della civitas romana e la diffusione del diritto romano*, Istituto di storia del diritto, Trieste 1957
- Della Corte F., *Le leges Iuliae e l'elegia romana*, in *ANRW*, 2, 30, 1 (1982), pp. 539-558
- Desanti L., *Costantino e il matrimonio fra tutore e pupilla*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 443-463
- Desanti L., *Interpellare de stupro e iniuriae in corpus: P.S. 5, 4, 4*, in *AUFE*, 4 (1990), pp. 129-142
- Di Gregorio V., *Contemplatio domini e rappresentanza apparente*, in *NGCC*, 8/2 (1992), pp. 211-235
- Di Gregorio V., *Rappresentanza apparente*, in G. Visintini (a cura di), *Rappresentanza e gestione*, Cedam, Padova 1992, pp. 49-51
- Di Gregorio V., *La rappresentanza apparente*, Cedam, Padova 1996
- Di Marzo S., *Lezioni sul matrimonio romano*, L'Erma di Bretschneider, Roma 1972
- Di Paola S., *Donatio mortis causa: corso di diritto romano*, Jovene, Napoli 1969
- Di Porto A., *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Giuffrè, Milano 1984
- Di Salvo S., *Ius gentium e lex mercatoria*, in *SDHI*, 80 (2014), pp. 351-358
- Dieni E., *Finzioni canoniche: dinamiche del 'come se' tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano 2004
- Distaso N., *La simulazione dei negozi giuridici*, Utet, Torino 1960
- Dogliotti M., *s.v. Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 8, Utet, Torino 1992, pp. 188-203

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

- Dogliotti M., *La filiazione fuori dal matrimonio*, Giuffrè, Milano 2015
- Dominedò F. M., *Le anonime apparenti: nuovi problemi nel diritto delle società*, in *Studi sen.*, 45 (1931), pp. 225-315
- Donatuti G., *Studi sul procurator*, 1. *Dell'obbligo a dare la cautio ratam rem dominum habiturum*, in *AG*, 89 (1923), pp. 190-222 (= *Studi di diritto romano*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1976, pp. 103-133)
- Donatuti G., *Studi sul procurator*, 2. *Verus et falsus procurator*, in *Ann. Perugia*, 33 (1921), pp. 671-701 (= *Studi di diritto romano*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1976, pp. 135-158)
- D'Ors Á., *'Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita': una exégesis de D 24, 1, 11, 7-8 (Ulp. 32 and Sab.)*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. 2, Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, Milano 1972, pp. 471-483
- D'Orsi V., *Sui limiti dell'apparenza del diritto (nota a Trib. Milano, 5 febbraio 1970)*, in *Giust. civ.*, 20/1 (1970), pp. 1313-1315
- Dossetti M., Moretti M. e Moretti C. (a cura di), *La riforma della filiazione: aspetti personali, successori e processuali (l. 10 dicembre 2012, n. 219)*, Zanichelli, Bologna 2013
- Dumont-Kisliakoff N., *La simulation en droit romain*, Cujas, Paris 1970

~ E ~

- Endemann W., *Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht*, Elwert, Marburg 1959
- Exner A., *Das Publizitätsprinzip: Studien zum österreichischen Hypothekenrecht*, Munz, Wien 1870

~ F ~

- Fabbrini F., s.v. *Usucapione (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 20, Utet, Torino 1975, pp. 280-291
- Fadda C., *La nullità delle donazioni fra coniugi*, Lapi, Città di Castello 1893
- Falcone G., *Obligatio est iuris vinculum*, Giappichelli, Torino 2003
- Falcone G., *Officium e vincolo giuridico: alle origini della definizione classica dell'obligatio*, in *Ius Antiquum*, 16/2 (2005), pp. 67-84
- Falcone G., *La definizione di obligatio tra diritto e morale. Appunti didattici*, Giappichelli, Torino 2017
- Falletti E., *Famiglia di fatto e convivenze*, Cedam, Padova 2009
- Falletti E., *Le radici del dovere di fedeltà alla luce delle recenti evoluzioni del diritto di famiglia*, in *Quest. giust.*, 2 (2017), pp. 134-148
- Falzea A., s.v. *Apparenza*, in *Enc. dir.*, vol. 2, Giuffrè, Milano 1958, pp. 682-701
- Falzea A., *Voci di teoria generale del diritto: accertamento, apparenza, capacità, efficacia giuridica, fatto giuridico, fatto naturale*, Giuffrè, Milano 1970
- Falzea A., *Riflessioni sulla fictio iuris*, in F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 117-134
- Fargnoli I., *Alius solvit alius repetit. Studi in tema di indebitum condicere*, Giuffrè, Milano 2001
- Fargnoli I., *Ricerche in tema di furtum: qui sciens indebitum accipit*, Giuffrè, Milano 2006
- Fargnoli I., *Culpa in contrahendo e azioni contrattuali*, in L. Garofalo (a cura di), *Actio in rem e actio in personam: in ricordo di Mario Talamanca*, Cedam, Padova 2011, pp. 439-480
- Fargnoli I., *Culpa in contrahendo tra matrice romanistica e modelli normativi latinoamericani*, in A. Saccoccio e S. Cacace (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano. Summer school (Brescia, 9-13 luglio 2018)*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 217-234
- Fayer C., *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, vol. 1, *La familia romana*, L'Erma di Bretschneider, Roma 1994

- Fayer C., *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, vol. 2, *Sponsalia, matrimonio, dote*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2005
- Fayer C., *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari*, vol. 3, *Concubinato Divorzio Adulterio*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2005
- Fayer C., *La vita familiare dei romani antichi. Dalla nascita al matrimonio*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2016
- Fazio E., *Status filiationis e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili*, in *Jus civile*, 1 (2018), pp. 31-41
- Fenocchio M. A., *Sulle tracce del delitto di 'furtum'. Genesi sviluppi vicende*, Jovene, Napoli 2008
- Ferrando G., *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *RCDP*, 18/1 (2000), pp. 163-181
- Ferrando G., *Le unioni di fatto tra disciplina per legge e autonomia privata*, in *QDPE*, 1 (2002), pp. 165-196
- Ferrando G., *Autonomia privata e rapporti familiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 57/2 (2003), pp. 651-665
- Ferrando G., *Attribuzioni patrimoniali e liberalità tra coniugi e conviventi*, in *Corr. giur.* 23/10 (2006), pp. 1462-1472
- Ferrando G., *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. pers. e succ.*, 4 (2012), pp. 282-289
- Ferrando G., *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Jus civile*, 3 (2013), pp. 132-150
- Ferrando G., *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Pol. del dir.*, 3 (2014), pp. 359-374
- Ferrando G., *Contratto di convivenza contribuzione e mantenimento*, in *Contr.*, 7 (2015), pp. 722-730
- Ferrara F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Athenaeum, Roma 1922⁵
- Ferrara F., s.v. *Simulazione nei negozi giuridici*, in *N. dig. it.*, vol. 17/1, Utet, Torino 1939, pp. 309-319
- Ferrara F., *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 2 (1956), pp. 650-671
- Ferrero G., *Appunti in tema di apparenza giuridica (nota a Cass. Civ., sez. III, 7 aprile 1964, n. 780)*, in *Giust. civ.*, 15/1 (1965), pp. 189-193
- Ferretti G., *Donazioni tra coniugi, ordine pubblico, 'mens legis' e transazione*, Giuffrè, Milano 1952, estr. da *Rivista giuridica abruzzese*, 28 (1952), pp. 27-39
- Ferretti P., *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 2000
- Ferretti P., *Complicità e furto nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 2005
- Ferretti P., *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse: l'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Giuffrè, Milano 2008
- Ferretti P., *L'identità del concepito: la 'contraddizione' del pensiero giurisprudenziale classico nelle diverse letture della dottrina*, in *Diritto@Storia*, 7 (2008)
- Ferretti P., *Nasciturus pro iam nato habetur si de eius commodo agitur: storia di un principio*, in F. Reinoso-Barbero (a cura di), *Principios generales del derecho: antecedentes historicos y horizonte actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid 2014, pp. 685-706
- Ferri L. e Zanelli P., *Della trascrizione immobiliare (art. 2643-2682)*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di), *Comm. Cod. civ.*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma 1995³
- Finazzi G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, 1. Azione pretoria ed azione civile*, Jovene, Napoli 1999
- Finazzi G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, 2.1 Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Pubblicazioni dell'Università degli Studi di Cassino, Cassino 2003
- Finzi E., *Il possesso dei diritti*, Giuffrè, Milano 1968 (rist. dell'ed. Athenaeum, Roma 1915¹)
- Fiori R., *La struttura del matrimonio romano*, in *BIDR*, 105 (2011), pp. 197-233

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

- Fischer O., *Sein und Schein im Rechtsleben*, in *Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik*, 49 (1909), pp. 1437-1462
- Fischer H. A., *Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft*, in *AcP*, 117/2 (1919), pp. 143-192
- Foncillas J. M., *La 'usucapio pro herede'*, in *RCDI*, 82-86 (1931-1932)
- Forlini P., *I presupposti metagiuridici degli elementi fondamentali del matrimonio romano*, Lateran University Press, Città del Vaticano 2008
- Fortina M., *nota a Cass. Civ., sez. II, 6 dicembre 2013, n. 27409*, <<http://www.ildiritto.it>>
- Fortunato A., *Spunti sulla responsabilità in materia di apparenza della situazione giuridica (nota a Cass. Civ., sez. III, 7 aprile 1964, n. 780)*, in *Temi*, 41 (1965), pp. 1-7
- Foti G., s.v. *Contubernium*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 4, Utet, Torino 1968, pp. 769-770
- Franceschelli F., *Famiglia, convivenza, famiglia di fatto*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuiele*, vol. 2, Universitas Studiorum, Mantova 2017, pp. 25-32
- Franceschelli V., *In tema di società di fatto e di società apparente (nota a decr. Trib. Milano, 19 giugno 1976)*, in *Giur. comm. soc. fall.*, 5/2 (1978), pp. 149-169
- Franchini L., *Il problema dell'esistenza di un ius controversum in età arcaica*, in *Diritto@Storia*, 13 (2015)
- Franciosi G., *Usucapio pro herede: contributo allo studio dell'antica hereditas*, Jovene, Napoli 1965
- Franciosi G., s.v. *Usureceptio*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 20, Utet, Torino 1975, pp. 388-390
- Franciosi G., *Corso istituzionale di diritto romano*, Giappichelli, Torino 2011⁴
- Frè G., s.v. *Rappresentanza (diritto privato)*, in *N. dig. it.*, vol. 10, Utet, Torino 1937, pp. 1096-1100
- Frese B., *Prokurator und negotiorum gestio im römischen Recht*, in *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, vol. 1, Vanderpoorten Sirey, Gand Paris 1926, pp. 325-384
- Frese B., *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, vol. 4, Castiglia, Palermo 1936, pp. 397-449
- Frezza P., *Lex e nomos*, in *BIDR*, 71 (1968), pp. 1-31
- Frunzio M., *Res furtivae: contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Giappichelli, Torino 2017
- Furno C., s.v. *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. 8, Giuffrè, Milano 1961, pp. 870-916
- Fusaro A., *I contratti di convivenza*, in *Pol. del dir.*, 1 (2017), pp. 113-126

~ G ~

- Gagliardi L., *Lo schiavo manager*, in U. Eco (a cura di), *L'antichità*, vol. 2, Roma, Encyclo-media Publishers, Milano 2012, pp. 297-299
- Galgano F., *Società occulta, società apparente: gli argomenti di prova del rapporto sociale*, in *Contr. impr.*, 3/3 (1987), pp. 702-724
- Galgano F., s.v. *Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 16/1, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1989, pp. 1-9
- Galgano F., *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *Contr. impr.*, 25/6 (2009), pp. 1137-1148
- Galgano F., *Trattato di diritto civile*, vol. 1, *Le categorie generali, le persone, la proprietà, la famiglia, le successioni, la tutela dei diritti*, Cedam, Padova 2010²
- Galli G., *Il problema dell'erede apparente*, Giuffrè, Milano 1971
- Gallo F., *Rec. G. Franciosi, Usucapio pro herede*, in *SDHI*, 32 (1966), pp. 416-426
- Gallo F., *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in *SDHI*, 54 (1988), pp. 1-36

- Gallo F., *L'eredità perduta del diritto romano. Introduzione al tema*, in *Diritto@Storia*, 6 (2007)
- Gallo F., *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *Diritto@Storia*, 7 (2008)
- Gallo F., *Ars boni et aequi e ius naturale*, in *SDHI*, 75 (2009), pp. 15-42
- Gallo F., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino 2010
- Gallo P., *Introduzione al diritto comparato*, vol. 2, *Istituti giuridici*, Giappichelli, Torino 2018³
- Gambaro A., *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 8, Utet, Torino 1992, pp. 342-353
- Gambino R., *Il principio dell'apparenza: analogia iuris o creazione giurisprudenziale?*, in *Foro pad.*, 49/1 (1994), pp. 329-333
- Gandolfi G., *Sull'origine della 'usucapio pro herede'*, in *BIDR*, 61 (1958), pp. 271-293
- Garofalo A. M., *Il problema del contatto sociale*, in *TSDP*, 11 (2018)
- Garofalo A. M., *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *TSDP*, 11 (2018)
- Garrido M. G., *Sorbe los verdaderos limites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE*, 27-28 (1957-1958), pp. 305-342
- Gaudemet J., *A proposito di negotiorum gestio*, in *Index*, 1 (1970), pp. 269-273
- Gaudemet J., *Justum matrimonium*, in *RIDA* 2 (1949) (*Mélanges Fernand De Visscher*, 1), pp. 309-366 (= *Études de droit romain*, vol. 3, *Vie familiale et vie sociale*, Jovene, Napoli 1979, pp. 105-162 = con il titolo *Le mariage en droit romain. Justum matrimonium*, in *Sociétés et mariage*, Cerdic, Strasbourg 1980, pp. 46-103)
- Gaudemet J., *Ius et leges*, in *Lura* 1 (1950), pp. 223-252 (= *Études de droit romain*, vol. 1, *Sources et théorie générale du droit*, Jovene, Napoli 1979, pp. 439-470)
- Gaudemet J., *À propos du 'furtum' à l'époque classique*, in *Labeo*, 7 (1961), pp. 7-19 (= *Études de droit romain*, vol. 1, *Sources et théorie générale du droit*, Jovene, Napoli 1979, pp. 113-127)
- Gazzoni F., *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 31/2 (1981), pp. 260-269
- Gazzoni F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 1983
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli 2017¹⁸
- Genovese M., *Qui cives romani erant, si siculi essent ... qui siculi, si cives romani essent (Cic. Verr. 2.2.12.21): nuovi spunti interpretativi e riflessi sulla valutazione dell'esercizio della iurisdictio nel corso della Praetura siciliensis di Verre*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. 2, Giuffrè, Milano 2009, pp. 215-266
- Gerbo F., *I contratti di convivenza: rilevanza e contenuti*, in *Vita not.*, 3 (2007), pp. 1367-1371
- Gierke O. F., *Deutsches Privatrecht*, vol. 1, Dunker & Humblot, Leipzig 1895
- Gioffredi C., *Ius, lex, praetor*, in *SDHI*, 13-14 (1947-1948), pp. 7-140
- Gioffredi R., *s.v. Concubinato (penale)*, in *N. dig. it.*, vol. 8, Utet, Torino 1938, pp. 707-709
- Giorgianni M., *s.v. Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 12, Utet, Torino 1965, pp. 321-332
- Giuffrè V., *Vicende del divieto di 'donatio inter virum et uxorem'*, in *ANA*, 83 (1972), pp. 3-25
- Giuffrè V., *Un senatoconsulto ritrovato: il 'Sc. De matronarum lenocinio coercendo'*, in *ANA*, 91 (1980), pp. 7-40
- Giunti P., *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Giuffrè, Milano 1990
- Giunti P., *Donazione (storia del diritto romano)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 7, Utet, Torino 1991, pp. 161-176

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

- Giunti P., *Ius controversum et separatio bonorum*, AV, Cagliari 1993
- Giunti P., *Il valore della convivenza nella struttura del matrimonio romano: rivisitazione di un'antica querelle*, in *Sem. Compl.*, 12 (2001), pp. 133-145
- Giunti P., *Consors vitae: matrimonio e ripudio in Roma antica*, Giuffrè, Milano 2004
- Giunti P., *Il modus divortii nella legislazione augustea. Aspetti problematici, ipotesi di lettura*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. 2, Giuffrè, Milano 2008, pp. 323-348
- Giunti P., *Iudex e iuris peritus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in V. Marotta e E. Stolfi (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2012, pp. 213-251
- Giunti P., *Il dolore e l'offesa. La violenza di fronte al tradimento amoroso nell'esperienza della famiglia romana*, in *APG*, 2 (2015), pp. 129-146
- Giunti P., *Il mare del diritto. Legalità e famiglia in Roma antica*, in C. Storti (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 1-20
- Giunti P. (a cura di), 2: *La fondazione romanistica: scritti di storia e di diritto romano*, in *Edizione nazionale delle opere di Giorgio La Pira*, Firenze University Press, Firenze 2019
- Gomez-Royo E., 'Bona fides' und 'usucapio pro herede', in *RIDA*, 39 (1992), pp. 167-184
- González Roldán Y., *Il senatoconsulto 'Giuvenziano'*, in *SDHI*, 57 (2006), pp. 197-227
- González Roldán Y., *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Cacucci, Bari 2008
- Gorgoni A., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2017
- Gorgoni A., *La filiazione*, Giappichelli, Torino 2018
- Graziadei M., s.v. *Ratifica*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, 16, Utet, Torino 1996, pp. 303-310
- Graziani A., *La rappresentanza senza procura*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Jovene, Napoli 1953, pp. 1-60
- Greco G., *Il rifiuto della figlia alle nozze in diritto attico, ebraico e romano*, in *TSDP*, 11 (2018)
- Gröschler P., *Rec. M. Bretone, I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura*, in *ZRG*, 117 (2000), pp. 578-590
- Grosso G., s.v. *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, pp. 161-163
- Guarino A., *La concezione celsina del ius*, in *Labeo*, 32/1 (1986), pp. 75-76
- Guarino A., *La pretura di Barbario Filippo*, in *ANA*, 99 (1988), pp. 273-278
- Guarino A., *Mecenate e Terenzia*, in *Labeo*, 38/2 (1992), pp. 137-146
- Guarino A., *Trebazio e il caso di Terenzia*, in *Pagine di diritto romano*, vol. 5, Jovene, Napoli 1994, pp. 98-108
- Guarino A., *Il mandato e la procura (Rec. V. Arangio-Ruiz, Il mandato in diritto romano)*, in *RISG*, 3 (1949), pp. 483-491 (= *Pagine di diritto romano*, vol. 6, Jovene, Napoli 1995, pp. 186-196)
- Guarino A., *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli 2001¹²
- Guastini R., *Finzione giuridica (nella teoria generale)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 8, Utet, Torino 1992, pp. 354-356
- Gulina G., *Unioni omosessuali e diritto romano*, in *APG*, 5 (2016), pp. 111-127

~ H ~

- Hamza G., *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *Index*, 9 (1980), pp. 193-229
- Hase E. F., *Das Jus Postliminii und die Fictio Legis Corneliae*, C. E. M. Pfeffer, Halle 1851
- Haymann F., *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachübergabe im römischen Recht*, in *BIDR*, 59-60 (1956), pp. 1-45

Heinitz E., *Apparenza del diritto e simulazione di società (nota a Cass. Civ. 28 luglio 1943)*, in *Riv. dir. comm.*, 43/2 (1945), pp. 63-69

Huber E., *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht: Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern*, Schmid, Francke, Bern 1894

Humbert G., s.v. *Adulterium*, in Ch. Daremberg e E. Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, vol. 1, Paris 1875, pp. 85-87

~I~

Ianni V., *La responsabilità precontrattuale*, Key, Vicalvi 2015

Iglesias Santos J., *Ars iuris*, in *Labeo*, 25/3 (1979), pp. 259-266

Ieva M., *I contratti di convivenza dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Riv. not.*, 1 (2001), pp. 37-44

Imarisio N., *L'apparenza del diritto: profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano 2015

Impallomeni G., *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Iura*, 22 (1971), pp. 99-120

~J~

Jemolo A. C., *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e coordinate da L. Scavo Lombardo, Giuffrè, Milano 1957, pp. 223-241

Jhering R. von, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 4 (1861)

Jhering R. von, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, (traduzione dal tedesco e nota di lettura di F. Procchi), Jovene, Napoli 2005

~K~

Kaser M., *Rec. M.A. De Dominicis, Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare 'constante matrimonio' la moglie adultera (A proposito di Dig. 48, 5, [26] pr.)*, in *SDHI*, 16 (1950), pp. 221-253 [= *Iura*, 2 (1951), pp. 324-325]

Kaser M., *Das römische Privatrecht*, vol. 2, *Das nachklassischen Entwicklungen*, Beck, München 1975² (ed. orig. 1959)

Kelsen H., *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob*, 1919, tr. it. *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, in Id., *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, traduzione e introduzione a cura di A. Carrino, ESI, Napoli 1988, pp. 235-265

Kleinfeller G., s.v. *Lenocinium*, in A. Pauly e G. Wissowa (et al.), *Realencyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft* 12/2 (1925), pp. 1942-1943

Kranz W., *Das ius controversum*, in *RhM*, 96/2 (1953), pp. 190-191

Krückmann P., *Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des Gemeinen Rechts*, in *AcP*, 108/2-3 (1912), pp. 179-434

Krüger H., *Die 'usucapio pro herede' nach klassischem Recht*, in *ZRG*, 54 (1934), pp. 80-97

Kupiszewski H., *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: 'dos' e 'donatio'*, in *Iura*, 29 (1978), pp. 114-137

~L~

La Pira G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Vallecchi, Firenze 1930

La Rosa F., *Alla ricerca dell'usureceptio*, in *Legal Roots*, 1 (2012), pp. 121-125

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

- La Rosa R., *La repressione del 'furtum' in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, ESI, Reggio Calabria 1990
- Lamberti F., *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Giappichelli, Torino 2014
- Lamberti F., *Convivenze e unioni di fatto nell'esperienza romana: l'esempio del concubinato*, in G. Viarengo (a cura di), *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali, Atti dell'incontro italo-tedesco. Imperia, 27-28 novembre 2015*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 1-26
- Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, Giuffrè, Milano 1984
- Lambertini R., 'Stuprum' violento e ratto, in *Index*, 36 (2008), pp. 505-524
- Lambrini P., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Cedam, Padova 1998
- Lambrini P., *Capacità naturale e acquisto del possesso*, in *Index*, 27 (1999), pp. 317- 332
- Lambrini P., *La teoria dei rapporti possessori nella riflessione di Giorgio La Pira*, in *Index*, 34 (2006), pp. 191-200
- Lambrini P., *La natura del possesso nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, vol. 1, *I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, ESI, Napoli 2014, pp. 415-424
- Lanchester F. e Serra T. (a cura di), *'Et si omnes...': scritti in onore di Francesco Mercadante*, Giuffrè, Milano 2008
- Lantella L., *La concretezza dei Romani come fatto e come valore*, in *Index*, 5 (1974-1975), pp. 24-29
- Las Casas A., *Accordi prematrimoniali, 'status' dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contr.*, 10 (2013), pp. 913-924
- Lefebvre-Teillard A., *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, in *RHD*, 72/4 (1994), pp. 499-525
- Lemosse M., *Actiones utiles*, in *Index*, 10 (1981), pp. 348-352
- Lenti L., *La sedicente riforma della filiazione*, in *NGCC*, 29/2 (2013), pp. 201-217
- Lessona C., s.v. *Confessione (materia civile)*, in *Dig. it.*, vol. 8/1, Utet, Torino 1896, pp. 787-841
- Lévy-Bruhl H., *Nouvelles perspectives sur le mariage romain*, in *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Sirey, Paris 1947, pp. 63-79
- Lo Iacono S., *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui patti successori istitutivi*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019
- Lombardi Vallauri L., *Il fictum nel diritto*, in F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 149-157
- Longchamps de Bérier F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Giappichelli, Torino 2013
- Longchamps de Bérier F., *The praetor as a promoter of bonum commune*, in *Legal Roots*, 3 (2014), pp. 217-231
- Longo C., *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 1934
- Longo G., *Sulla simulazione dei negozi giuridici*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, vol. 3, Castiglia, Palermo 1936, pp. 111-161
- Longo G., s.v. *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 9, Utet, Torino 1968, p. 810
- Longo G. E., s.v. *Pagamento (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 12, Utet, Torino 1965, pp. 316-321
- Lotufo R., *Investigação de paternidade e alimentos em favor do nascituro*, in *Index*, 25 (1997), pp. 201-252
- Lovato A., Puliatti S. e Solidoro L., *Diritto privato romano*, Giappichelli, Torino 2017²

- Luongo M., *Brevi appunti in tema di apparenza del diritto (nota a App. Napoli, sez. III, 30 settembre 1970)*, in *Dir. e giur.*, 3 (1971), pp. 368-376
- Lupoi M., *Possibile creare una struttura di tutela per nuclei riconosciuti e coppie di fatto*, in *Guida al diritto - Dossier*, 7 (2011), pp. 32-34
- ~ M ~
- Mac Cormack G., *Usucapio pro herede, res hereditariae and furtum*, in *RIDA*, 25 (1978), pp. 293-305
- Macchiarelli G., s.v. *Fictio iuris (concetto razionale e positivo della)*, in *Enc. giur. it.*, vol. 6/2, Società editrice libraria, Milano 1903, pp. 538-573
- Maganzani L., *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. 5, Giuffrè, Milano 2007, pp. 1-43
- Maierini A., *Studi intorno all'art. 933 del Codice civile*, in *La Legge*, 2/12 (1872), pp. 5-6; 14-17; 25-30; 49-55; 73-83
- Majello U., *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Morano, Napoli 1965
- Malavolta M., *A proposito del nuovo S.C. da Larino*, in *Sesta Miscellanea greca e romana*, 27 (1978), pp. 347-382
- Mancari A., s.v. *Concubinato (penale)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 8, Utet, Torino 1967, pp. 1055-1059
- Mantovani D., *Le formule del processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Cedam, Padova 1999
- Marano V., *Le unioni non matrimoniali: problemi e prospettive di disciplina normativa*, in *QDPE*, 1 (2002), pp. 197-226
- Marini G., s.v. *Concubinato. Diritto civile*, in *Noviss. dig. it., App.*, vol. 2, Utet, Torino 1981, pp. 320-322
- Marotta V. e Stolfi E. (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi: atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2012
- Marrone M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo 1994²
- Martini R., *Sull'espedito processuale della fictio civitatis*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. 5, Giuffrè, Milano 2007, pp. 225-237
- Marvasi C., *Inadempienze e risarcimento danni nel mandato: risposte alle questioni sostanziali e processuali nei rapporti fra mandante e mandatario*, Giuffrè, Milano 2013
- Masi A., *Retroattività della condizione e 'donatio mortis causa' fra coniugi*, in *ASD*, 7 (1963), pp. 19-41
- Masi Doria C., *Libertà e abuso nel diritto romano*, in *Index*, 44 (2016), pp. 549-562
- Mayer-Maly T., *Rec. G. Franciosi, Usucapio pro herede*, in *Labeo*, 14 (1968), pp. 214-224
- Mazeaud H., *La maxime 'error communis facit jus'*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 23 (1924), pp. 929-964
- McGinn T. A. J., *Concubinage and the 'lex Iulia' on Adultery*, in *TAPhA*, 121 (1991), pp. 335-375
- McGinn T. A. J., *The SC from Larinum and the Repression of Adultery at Rome*, in *ZPE*, 93 (1992), pp. 273-296
- McGinn T. A. J., *The Augustan Marriage Legislation and Social Practice: Elite Endogamy versus Male 'Marrying Down'*, in *Speculum iuris: Roman law as a reflection of social and economic life in antiquity*, University of Michigan Press, Ann Arbor 2002, pp. 46-93
- McGinn T. A. J., *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, Oxford University Press, New York-Oxford 2003
- McGinn T. A. J., *The Marriage Legislation of Augustus: A Study in Reception*, in *Legal Roots*, 2 (2013), pp. 7-43

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

- Medicus D., *Zur Leistungsannahme durch den 'falsus procurator'*, in A. Guarino e L. Labruna (a cura di), *Syntelesia: Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. 1, Jovene, Napoli 1964
- Mengoni L., *Gli acquisti 'a non domino'*, Giuffrè, Milano 1994³
- Mercogliano F., *Actiones ficticiae. Tipologie e datazione*, Jovene, Napoli 2001
- Messineo F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 1972
- Metro A., *Actiones ficticiae*, in *Index*, 29 (2001), pp. 371-375
- Meucci S., *Successione legittima e necessaria alla luce della riforma della filiazione*, in *Pers. merc.*, 2 (2014), pp. 153-161
- Meucci S., *Apparenza e presunzione della qualità di erede nel Certificato Successorio Europeo*, in *Pers. merc.*, 3 (2016), pp. 103-115
- Meyer H., *Das Publizitätsprinzip im deutschen Bürgerlichen Recht*, Beck, München 1909
- Miccio R., *Appunti sui limiti del concetto di apparenza nel diritto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 2 (1950), pp. 310-314
- Miceli M., *Sulla struttura formulare delle actiones adiecticiae qualitatis*, Giappichelli, Torino 2001
- Miceli M., *Rec. F. Mercogliano, Actiones ficticiae. Tipologie e datazione*, in *Iura*, 52 (2001), pp. 300-307
- Miceli M., *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in *Iura*, 53 (2002), pp. 57-176
- Miceli M., *Brevi riflessioni su mandato e rappresentanza alla luce del pensiero di Giorgio La Pira*, in *Index*, 34 (2006), pp. 209-218
- Miceli M., *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 2008
- Miglietta M., *Giurisprudenza romana tardo repubblicana e formazione della 'regula iuris'*, in *Sem. Compl.*, 25 (2002), pp. 187-243
- Milazzo A., *Falsus procurator: ricerche sull'evoluzione del concetto di falso rappresentante*, Cacucci, Bari 2012
- Milazzo F. (a cura di), *Ius controversum e auctoritas principis: giuristi, principe e diritto nel primo impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico 'G. Boulvert' (Copanello, 11-13 giugno 1998)*, ESI, Napoli 2003
- Milella O., *Il libertus procurator. Le origini della procura in diritto romano*, in *Ann. Bari*, 2 (1966-1967), pp. 377-398
- Minervini G., *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del 'dominus' (nota a Cass. Civ., sez. III, 28 giugno 1946, n. 766)*, in *Foro it.*, 1 (1947), pp. 380-383
- Minussi D., *Un singolare orientamento della Cassazione sull'apparenza colposa (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 febbraio 1993, n. 2020)*, in *Corr. giur.*, 7/2 (1993), pp. 826-833
- Mioli B., *La famiglia di fatto: aspetti patrimoniali, successori, fiscali, penali, la filiazione naturale, richiami giurisprudenziali, lo stato della legislazione*, Maggioli, Rimini 1996
- Mira M. L., *Sobre delegación y novación*, in *Labeo*, 46 (2000), pp. 189-220
- Mirabelli G., *s.v. Ratifica (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 14, Utet, Torino 1967, pp. 879-894
- Mitteis L., *Römisches Privatrecht: bis auf die Zeit Diokletians*, Duncker & Humblot, Leipzig 1908
- Molè M., *s.v. Stuprum*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 18, Utet, Torino 1971, pp. 582-587
- Monacciani L., *Azione e legittimazione*, Giuffrè, Milano 1951
- Montaruli V., *La responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, Torino 2005
- Moscato E. e Zoppini A. (a cura di), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Torino 2002
- Moschella R., *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Giuffrè, Milano 1973
- ~ N ~
- Naendrup H., *Die Gewere-Theorien*, Münster (Westfalen) 1910
- Nardi E., *Sui divieti matrimoniali delle leggi Augustee*, in *SDHI*, 7/1 (1941), pp. 112-146

- Natoli U., s.v. *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. 38, Giuffrè, Milano 1987, pp. 463-485
- Nicolò R., s.v. *Adempimento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, pp. 554-567
- Nicolò R., *La c.d. procura apparente*, in *Raccolta di scritti*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1980, pp. 357-380
- Nicosia G., *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, Libreria editrice Torre, Catania 2013^o
- Nuti G. A., *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Giuffrè, Milano 1986

~ O ~

- Oberto G., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 1991
- Oberto G., *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contr. impr. Eur.*, 1 (2004), pp. 17-90
- Oberto G., *I diritti dei conviventi: realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Cedam, Padova 2012
- Oertmann P., *Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein*, in *ZHR*, 95 (1930), pp. 443-485
- Onida P. P., *Il matrimonio dei militari in età imperiale*, in *Diritto@Storia*, 14 (2016)
- Onida P. P., *Agire per altri o agire per mezzo di altri: appunti romanistici sulla rappresentanza*, Jovene, Napoli 2018
- Orestano A., *Apparenza 'colposa': riaffermazione di un principio in materia di rappresentanza di S.p.A. (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 settembre 1995, n. 9902)*, in *Corr. giur.*, 6 (1996), pp. 671-680
- Orestano R., *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Giuffrè, Milano 1951
- Orsolya M. P., *'Liberorum quaerendorum causa'. L'image idéale du mariage et de la filiation à Rome*, in *RIDA*, 38 (1991), pp. 285-331

~ P ~

- Pajardi P. (diretto da), *Dizionario giuridico*, Pirola, Milano 1990
- Palma A., *Giustizia e senso comune*, Giappichelli, Torino 2006
- Palma A., *Il nascituro come problema 'continuo' nella storia del diritto*, in *TSDP*, 7 (2014)
- Palma A., *Lo ius controversum espressione dell'artificialità del diritto*, in *SDHI*, 81 (2015), pp. 45-96
- Palma A., *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Giappichelli, Torino 2016
- Palma A., *Civitas romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Giappichelli, Torino 2020
- Palmieri D., *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano 1999
- Paperi O., *Procurator e interpretatio nell'editto 'unde vi'*, in *SDHI*, 63 (1997), pp. 401-475
- Paperi O., *Considerazioni sull'origine del procurator ad litem*, in *Labeo*, 48/1 (2002), pp. 37-71
- Parenti L., *Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di furtum usus: D. 13.1.16 e D. 47.2.77(76)pr.*, in *TSDP*, 7 (2014)
- Paricio J., *'Ars iuris'. Juan Iglesias, en el recuerdo*, in *SDHI*, 75 (2009), pp. 493-501
- Passagnoli G., *I profili successori della riforma della filiazione*, in *Pers. merc.*, 3 (2014), pp. 113-117
- Pastori F., *Il negozio verbale in diritto romano*, Cisalpino, Milano 1994
- Pellarini A., *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano 2003
- Pennitz M., *Acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres ... (Gellius 6,15,1). Überlegungen zum furtum usus*, in *ZRG*, 134 (2017), pp. 147-187

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

- Penta M., *Rec. D. Dalla, L'incapacità sessuale in diritto romano*, in *Labeo*, 27 (1981), pp. 388-406
- Peppe L., *Rec. R. La Rosa, La repressione del 'furtum' in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, in *Iura*, 41 (1990), pp. 173-179
- Peppe L., *Riflessioni sulla nozione di 'iustitia' nella tradizione giuridica europea*, in *Ius Antiquum*, 17 (2006)
- Perlingieri P., *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo*, in *Rass. dir. civ.*, 9/1 (1988), pp. 124-140
- Perlingieri P., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 9/2 (1988), pp. 601-617
- Perlingieri P., *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoli 2017⁸
- Pernice A., *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, vol. 1, Halle 1873
- Perozzi S., *Istituzioni*, vol. 1, *Introduzione, diritto delle persone, le cose e i diritti sulle cose, il possesso*, Athenaeum, Roma 1928²
- Pestalozza F., *La simulazione nei negozi giuridici*, Società editrice libraria, Milano 1919
- Pestalozza F., *La società occulta nella vecchia e nella nuova legge (nota a Trib. Milano, 10 dicembre 1949)*, in *Riv. dir. comm.*, 48/2 (1950), pp. 221-237
- Petrucci A., *Fondamenti romanistici del diritto europeo: la disciplina generale del contratto*, Giappichelli, Torino 2018
- Petrucci A., *Paul. I decret. D. 14.5.8. Il caso di Tiziano Primo e gli effetti delle attività svolte dal rappresentante al di fuori della preposizione institoria*, in L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino (a cura di), *Il diritto romano caso per caso*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 101-111
- Pezzini B. e Lorenzetti A. (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli 2011
- Picaro R., *Stato unico della filiazione: un problema ancora aperto*, Giappichelli, Torino 2013
- Pietrobon V., s.v. *Affidamento*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 1, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1988, pp. 1-6
- Piro I., *'Usu' in manum convenire*, ESI, Napoli 1994
- Pisapia G. D., s.v. *Adulterio. Diritto penale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 1/1, Utet, Torino 1957, pp. 323-333
- Pocar V. e Ronfani P., *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari 1998
- Poma G., *'Servi fugitivi' e schiavi magistrati in età triumvirale*, in *Index*, 15 (1987), pp. 149-174
- Pringsheim F., *Rec. G. G. Archi, La donazione: corso di diritto romano*, in *ZRG*, 78 (1961), pp. 474-484
- Procchi F., *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in L. Garofalo (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Cedam, Padova 2007, pp. 181-246
- Procchi F., *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di 'culpa' in capo al 'venditor'*, in *TSDP*, 3 (2010)
- Procchi F., *'Licet emptio non teneat'. Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. 'culpa in contrahendo'*, Cedam, Padova 2012
- Procchi F., *'Contatto sociale qualificato', diritto romano e tradizione romanistica. Brevi considerazioni a margine di Cass. Civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188*, in E. Cristiani, A. Di Lauro e E. Sirsi (a cura di), *Agricoltura e costituzione: una costituzione per l'agricoltura. In onore di Marco Goldoni*, Pisa University Press, Pisa 2019, pp. 355-362
- Provera G., s.v. *Mandato (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. 25, Giuffrè, Milano 1975, pp. 310-320
- Provera G., *Rec. L. Di Lella, Formulae ficticiae: contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, in *SDHI*, 51 (1985), pp. 582-586

- Pugliatti S., *La trascrizione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, A. Cicu e F. Messineo (diretto da), vol. 14, Giuffrè, Milano 1957
- Pugliatti S., s.v. *Finzione*, in *Enc. dir.*, vol. 17, Giuffrè, Milano 1968, pp. 658-673
- Pugliese G., *La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano*, Cedam, Padova 1938
- Pugliese G., s.v. *Simulazione (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 17, Utet, Torino 1970, pp. 351-359
- Pugliese G., *Istituzioni di diritto romano*, Piccin, Padova 1986
- Pugliese G., Sitzia F. e Vacca L., *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino 2012
- Pugliatti S., *Lenocinii crimen*, in F. Botta (a cura di), *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione: Atti del Convegno di Cagliari, 13-14 ottobre 2000*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 147-216
- Pugliatti S., *Il diritto penale dell'ultima legislazione giustiniana. I crimini contro la moralità e la famiglia. I reati sessuali: adulterio, stupro, lenocinio*, in C. Cascione e C. Masi Doria (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, vol. 7, Editoriale scientifica, Napoli 2007, pp. 4491-4523
- Pugliatti S., *De cuius hereditate agitur: il regime romano delle successioni*, Giappichelli, Torino 2016
- Pulitanò F., *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, Giappichelli, Torino 1999
- Pulitanò F., *De eo quod certo loco: studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 2009

~ Q ~

- Quadrato R., *Dal procurator al mandatario*, in *Ann. Bari*, 18 (1963), pp. 3-38
- Quadrato R., *D. 3.3.1 pr. e la definizione di 'procurator'*, in *Labeo*, 20/2 (1974), pp. 210-224
- Quadrato R., s.v. *Rappresentanza (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 38, Giuffrè, Milano 1987, pp. 417-434
- Quadrato R., *'Maris atque feminae coniunctio': 'matrimonium' e unioni di fatto*, in *Index*, 38 (2010), pp. 223-252
- Quartuccio D., *Sull'origine dell' 'adfectio maritalis'*, in *Labeo*, 24/1 (1978), pp. 51-56

~ R ~

- Rabagny A., *L'image juridique du monde: apparence et réalité*, Presses universitaires de France, Paris 2003
- Rajneri E., *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 18 (1997), pp. 311-338
- Randazzo S., *Mandare: radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Giuffrè, Milano 2005
- Rasi P., *Consensus facit nuptias*, Giuffrè, Milano 1946
- Ravizza M., *Sui rapporti tra matrimonio e deportatio in età imperiale*, in *Riv. dir. rom.*, 14 (2014)
- Riccio D., *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova 2007
- Riccobono S., *Jus est ars boni et aequi*, in *BIDR*, 7 (1949-1950), pp. 223-236
- Riccobono S., *La fusione del 'ius civile' e del 'ius praetorium' in un unico ordinamento*, in *Labeo*, 35/2 (1989), pp. 215-232
- Rizzelli G., *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 411-441
- Rizzelli G., *'Stuprum' e 'adulterium' nella cultura augustea e la 'lex Iulia de adulteriis' (Pap. 1 adult. D. 48.5.6.1 e Mod. 9 diff. D. 50.16.101 pr.)*, in *BIDR*, 90 (1987), pp. 355-388
- Rizzelli G., *Il crimen lenocinii*, in *AG*, 210 (1990), pp. 457-495

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

- Rizzelli G., *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Edizioni Del Grifo, Lecce 1997
- Robbe U., *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. 4, Giuffrè, Milano 1978, pp. 631-632
- Robleda O., *El matrimonio en derecho romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Libreria Editrice Università Gregoriana, Roma 1970
- Romagnoli G., *Società occulta, società apparente ed esigenze equitative*, in *Le Società*, 18/1 (1999), pp. 35-40
- Romano A., *Matrimonium iustum: valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Jovene, Napoli 1996
- Romano F., *La ratifica nel diritto privato*, Morano, Napoli 1964
- Romano F., *La ratifica nel diritto privato*, (con introduzione di G. Furgiuele), ESI, Napoli 2015
- Romano S., *Contributo esegetico allo studio della simulazione: l'art. 1414 c.c.*, Giuffrè, Milano 1955
- Romeo F. (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Utet giuridica, San Mauro Torinese 2014
- Romeo S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano: tra giurisprudenza e prassi*, Giuffrè, Milano 2010
- Roppo E., *Apparenza di procura e imputazione al 'dominus' degli effetti del contratto stipulato dal 'mandataire apparent' (nota a Cass. Francia, sez. I, 29 aprile 1969)*, in *Foro it.*, 4 (1971), pp. 375-388
- Roppo V., *Diritto Privato*, Giappichelli, Torino 2018⁶
- Roppo V. e Benedetti V. M., *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur. Treccani (postilla di aggiornamento)*, vol. 15, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1999, pp. 1-4
- Rosa F. L., *L'adiectus solutionis causa e il constitutum debiti*, in *Index*, 36 (2008), pp. 277-284
- Rousselle A., *Concubinat et adultere*, in *Opus*, 3 (1984), pp. 75-84
- Rüger D., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 2011
- Ruggiero R., *Il sogno nel cassetto del giurista. 'Ius controversum' in una recente memoria lincea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, Il Mulino, Bologna 2010, pp. 261-270
- Rutsaert P., *Étude sur la délégation in droit privé roman*, E. Bruylant Recueil Sirey, Bruxelles-Paris 1929

~ S ~

- Sacco R., s.v. *Affidamento*, in *Enc. dir.*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, pp. 661-668
- Sacco R., s.v. *Apparenza*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 1, Utet, Torino 1987, pp. 353-361
- Sacco R. e Caterina R., *Il possesso*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, A. Cicu e F. Messineo (diretto da), vol. 7, Giuffrè, Milano 2000
- Sacconi G., *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Giuffrè, Milano 1971
- Salandra V., *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 30/1 (1932), pp. 290-314
- Salomone A., *Intorno alla regula 'nemo plus iuris' (D. 50.17.54 Ulp. 46 ad ed.)*, in *TSDP*, 10 (2017)
- Salvadore M., *Rec. E. Cantarella, Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, in *Riv. filol. istr. class.*, 124 (1996), pp. 475-483
- Sandirocco L., *Il concubinato nella tarda antichità tra legge laica e visione religiosa*, in *La-beo*, 50 (2004), pp. 197-230
- Sanna M. V., *Matrimonium iniustum, accusatio iure viri et patris e ius occidendi*, in *AUPA*, 65 (2010-2011), pp. 201-230

- Sanna M. V., *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico: matrimonium iustum, matrimonium iniustum*, Jovene, Napoli 2012
- Santalucia B., *Diritto ereditario romano: le fonti*, Patron, Bologna 1999² (ed. orig. 1987)
- Santucci G., *Diritto romano e diritti europei: continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Il Mulino, Bologna 2018² (ed. orig. 2010)
- Sapone N., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 2008
- Sapone N., *Il falso rappresentante. Principi acquisiti e questioni aperte*, Giuffrè, Milano 2011
- Sargenti M., s.v. *Pagamento (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 31, Giuffrè, Milano 1981, pp. 532-540
- Savigny F. C., *Il Diritto Romano (prima versione italiana col confronto della legislazione delle Due Sicilie del Giudice Ciro Moschitti)*, vol. 1, Napoli 1847
- Savorani G., *Due cuori e una capanna nel terzo millennio: fuga dal matrimonio e contratti di convivenza*, in *Pol. del dir.*, 1 (2014), pp. 37-80
- Scalone G., *Esteriorizzazione del vincolo sociale e sua influenza sul processo formativo della società*, in *Banca borsa*, 14/2 (1951), pp. 291-297
- Scarano Ussani V., *L'ars dei giuristi: considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Giappichelli, Torino 1997
- Scarcella A. S., *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in *SDHI*, 66 (2000), pp. 147-164
- Scherillo G. e Gnoli F., *Diritto romano: lezioni istituzionali*, LED, Milano 2005²
- Schlossmann S., *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Breitkopf & Härtel, Leipzig 1881
- Scialoja V., *L'acquisto del possesso per mezzo di terzi secondo il diritto romano e l'attuale (Rec. S. Schlossmann, Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung)*, in *La Cultura*, 1/1 (1882), pp. 428-436 (= *Studi giuridici*, vol. 1, *Diritto romano*, Anonima romana editoriale, Roma 1933, pp. 97-103)
- Scognamiglio M., *L'analogia tra tutor e qui officium in provincia gerebat: osservazioni sull'amministrazione provinciale in età classica*, in F. M. D'Ippolito (a cura di), *Philia: scritti per Gennaro Franciosi*, vol. 4, Satura, Napoli 2007, pp. 2437-2472
- Sepe A., *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, in *Index*, 36 (2008), pp. 159-176
- Serafini F., *Nuova interpretazione del celebre frammento di Ulpiano legge XXV § XVII Dig. Lib. V Tit. III De hereditatis petitione*, in *AG*, 20 (1878), pp. 403-426
- Serrao F., *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Giuffrè, Milano 1954
- Serrao F., *Minima de Diogneto et Hesico: gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 d.C.*, in *Sodalitas: scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. 7, Jovene, Napoli 1984, pp. 3605-3618
- Sesta M., *La filiazione*, Giappichelli, Torino 1999
- Sesta M., *L'unicità dello status di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 3 (2013), pp. 231-241
- Sesta M., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1 (2014), pp. 1-34
- Silvestri E., s.v. *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. 3, Utet, Torino 1988, pp. 422-431
- Sitzia F., s.v. *Tutela e curatela (diritto romano), 2: Curatela*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 19, Utet, Torino 1973, pp. 918-919
- Solazzi S., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano)*, in *BIDR*, 22 (1910), pp. 5-108
- Solazzi S., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano) (Continuazione)*, in *BIDR*, 23 (1911), pp. 119-185

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

- Solazzi S., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano) (Continuazione)*, in *BIDR*, 24 (1911), pp. 116-169
- Solazzi S., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano) (Continuazione e fine)*, in *BIDR*, 25 (1912), pp. 89-129
- Solazzi S., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Jovene, Napoli 1935
- Solazzi S., *C. 8, 15, 1 e le facultà del 'procurator omnium bonorum'*, in *SDHI*, 23 (1957), pp. 297-299
- Solazzi S., *La definizione del procuratore*, in *RIL*, 56 (1923), pp. 142-156 (= *Scritti di diritto romano*, vol. 2, Jovene, Napoli 1957, pp. 557-567)
- Solazzi S., *Procuratori senza mandato*, in *RIL*, 56 (1923), pp. 735-747 (= *Scritti di diritto romano*, vol. 2, Jovene, Napoli 1957, pp. 569-578)
- Solazzi S., *Ancora procuratori senza mandato*, in *RIL*, 57 (1924), pp. 302-318 (= *Scritti di diritto romano*, vol. 2, Jovene, Napoli 1957, pp. 609-621)
- Solazzi S., s.v. *Tutela e curatela (diritto romano), 1: Tutela*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 19, Utet, Torino 1973, pp. 915-918
- Solidoro L., *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale*, in *TSDP*, 1 (2008)
- Solidoro L., *Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.8.5-7. Immissioni e conflitti di vicinato: il caso della taberna casiarica*, in L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino (a cura di), *Il diritto romano caso per caso*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 39-65
- Sotgia S., *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Società editrice del Foro Italiano, Roma 1930
- Sotty R., *Les actions qualifiées d'utiles en droit classique*, in *Labeo*, 25/2 (1979), pp. 139-162
- Sotty R., *L'età delle 'formulae ficticiae' (Rec. L. Di Lella, Formulae ficticiae: contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto)*, in *Labeo*, 31/3 (1985), pp. 342-347
- Spagnuolo Vigorita T., *La data della lex Iulia de adulteriis*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. 8, Jovene, Napoli 2001, pp. 81-96
- Spagnuolo Vigorita T., *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Jovene, Napoli 2010³
- Spatazza G., *La società di fatto*, Giuffrè, Milano 1981
- Spera P., *La società di fatto: recenti orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano 2008
- Stein P., *Regulae iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims*, University Press, Edinburgh 1966
- Stintzing W., *Besitz, Gewere, Rechtsschein*, in *AcP*, 109/3 (1912), pp. 347-435
- Stolfi E., *Dal ius controversum alle antinomie*, in *Legal Roots*, 6 (2017), pp. 377-411
- Stolfi G., *L'apparenza del diritto (Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Modena letta il 23 novembre 1933)*, Università degli Studi, Modena 1934 (= *Le prolusioni dei civilisti*, vol. 2, 1900-1935, ESI, Napoli 2012, pp. 2125-2174)
- Stolfi G., *Note minime sull'apparenza del diritto (nota a Cass. Civ., sez. II, 17 marzo 1975, n. 1020)*, in *Giur. it.*, 1 (1976), pp. 797-800
- ~ T ~
- Tafaro S., *Diritto alla vita e infanticidium*, in *Diritto@Storia*, 12 (2013)
- Talamanca M., *Alia causa e durior condicio come limite dell'obbligazione dell'adpromissor*, Giappichelli, Torino 1969
- Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1990
- Talamanca M., *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. 26 ad ed. D. 12, 4, 3, 7*, in *BIDR*, 96-97 (1993-1994), pp. 1-82

- Tamburi F., *Intorno a una scelta terminologica impropria in tema di contubernio servile*, in *Iuris quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2010, pp. 395-418
- Tamburi F., *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, in *SDHI*, 77 (2011), pp. 667-681
- Tamburi F., *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*, vol. 1, *Cicerone*, ESI, Napoli-Roma 2013
- Tammaro M., *Apparenza del diritto e contratto concluso dal falsus procurator*, in *Obbl. e contr.*, 8/3 (2012), pp. 191-207
- Taranto G., s.v. *Concubinato (civile)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 8, Utet, Torino 1967, pp. 1053-1055
- Tardivo R., *L'erede apparente*, Cedam, Padova 1932
- Tartufari A., *Del possesso qual titolo di diritti*, 2. *Del possesso qual titolo apparente univernale*, rubr. I, *Qual sia l'erede apparente*, Fratelli Bocca, Torino 1878
- Taruffo M., s.v. *Presunzioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 27, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1991, pp. 1-5
- Taruffo M., *Osservazioni su finzioni giuridiche e processo civile*, in F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), *Le finzioni del diritto*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 221-233
- Tenella Sillani C., *Culpa in contrahendo, contatto sociale e 'incoerenze' della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 4 (2015), pp. 1247-1278
- Terreni C., *Me puero venter erat solarium: studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Plus-Pisa University Press, Pisa 2009
- Terreni C., *Quae Graeci phaytasmata vocant: riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa University Press, Pisa 2013
- Thomas J. A. C., *Accusatio adulterii*, in *Iura*, 12 (1961), pp. 65-80
- Thomas J. A. C., *Rei hereditariae furtum non fit*, in *TvR*, 36/4 (1968), pp. 489-508
- Thomas J. A. C., *A note on 'falsus procurator'*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. 2, Giappichelli, Torino 1968, pp. 407-420
- Todescan F., *Diritto e realtà: storia e teoria della fictio iuris*, Cedam, Padova 1979
- Tomasetti C., *Rappresentanza senza potere*, in P. Cendon, *La responsabilità civile*, vol. 1, *La colpa nella responsabilità civile*, Utet, Torino 2006
- Tomulescu C. St., *Gaius 2, 55 e l'usucapio pro herede*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. 4, Giappichelli, Torino 1971, pp. 417-455
- Torino R., *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali: nel diritto comparato, europeo e italiano*, Giappichelli, Torino 2012
- Torrente A., *In tema di procura apparente (nota a Cass. Civ., 14 dicembre 1957, n. 4703)*, in *Foro it.*, 1 (1958), pp. 391-392
- Torrente A. e Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano 2017²³
- Trabucchi A., *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1 (1988), pp. 19-42
- Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2017⁴⁸
- Traniello S., *Preposizione institoria ed apparenza: brevi note su orientamenti giurisprudenziali vecchi e nuovi (nota a Cass. Civ., sez. II, 19 febbraio 1993, n. 2020)*, in *Giur. it.*, 1/1 (1993), pp. 2087-2092
- Tranquillo C., *Fondamento, limiti e tendenze del principio di apparenza in materia di rappresentanza*, in *Giur. it.*, 4 (1996), pp. 426-440
- Treggiari S., *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Clarendon Press, Oxford 1991
- Turner R. W., *The equity of redemption*, in *Harv. L. Rev.*, 45/7 (May 1932), pp. 1279-1281
- Tuzet G., *Finzioni giuridiche e letterarie: è possibile una teoria unificata?*, in *Dossier diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, in M. P. Mittica (a cura di), *Atti del Primo Conve-*

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica
gno Nazionale della Italian Society for Law and Literature (Bologna, 27-28 maggio 2009), in *ISLL-Papers*, 3 (2010), pp. 50-75

~ V ~

- Vacca L., s.v. *Usucapione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 45, Giuffrè, Milano 1992, pp. 989-1022
- Vacchiano M., *Il fallimento della società di fatto*, Giuffrè, Milano 2004
- Vecchi P. M., *Apparenza e rappresentanza 'tollerata' (nota a Cass. Civ., sez. I, 18 dicembre 1984, n. 6625)*, in *Riv. dir. comm.*, 83/2 (1985), pp. 395-404
- Venezian G., *La tutela dell'aspettativa, Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Bologna (letta il 7 marzo 1900)*, Zanichelli, Bologna 1900 (= *Opere giuridiche*, vol. 2, *Studi sui diritti reali e sulle trascrizioni, le successioni, la famiglia*, Athenaeum, Roma 1920, pp. 159-180)
- Venturini C., *'Accusatio adulterii' e politica costantiniana (Per un riesame di CTH 9, 7, 2)*, in *SDHI*, 54 (1988), pp. 66-109
- Venturini C., *Innovazioni postclassiche in materia di accusatio adulterii*, in F. Lucrezi e G. Mancini (a cura di), *Crimina e delicta nel tardo antico: atti del Seminario di studi, Teramo 19-20 gennaio 2001*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 17-37
- Verga A., *Osservazioni in tema di apparenza*, in *Riv. dir. priv.*, 10/1 (1940), pp. 193-208
- Verhagen H. L. E., *The liability of the falsus procurator*, in *ERPL*, 17/6 (2009), pp. 1003-1010
- Viarengo G. (a cura di), *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali, Atti dell'incontro italo-tedesco. Imperia, 27-28 novembre 2015*, Giappichelli, Torino 2017
- Viarengo G., *Gli sviluppi della 'bonorum possessio' del figlio emancipato dall'età di Cicerone a Salvio Giuliano*, in *Riv. dir. rom.*, 18 (2018), pp. 79-130
- Viglione F., *I diritti successori dei conviventi: uno studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino 2016
- Villers R., *A propos de la disparition de l'usus*, in *RHD*, 28/4 (1950), pp. 538-547
- Vincenti U., *La presunzione muciana e la sua connessione con il divieto di donazione tra coniugi*, in *Index*, 25 (1997), pp. 451-470
- Viola L. (a cura di), *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Halley, Matelica 2007
- Voci P., *Erede ed eredità (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 15, Giuffrè, Milano 1966, pp. 174-183
- Voci P., *Diritto ereditario romano*, vol. 1, *Introduzione, parte generale*, Giuffrè, Milano 1967
- Voci P., *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31 (1980), pp. 37-100 (= *Studi di diritto romano*, vol. 2, Cedam, Padova 1985, pp. 397-463)
- Voci P., *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura*, 38 (1987), pp. 72-148
- Voci P., *Ars boni et aequi*, in *Index*, 27 (1997), pp. 1-22
- Volterra E., *Per lo studio del reato di bigamia*, in E. Albertario (a cura di), *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Giuffrè, Milano 1934, pp. 387-447
- Volterra E., *Ancora sulla manus e sul matrimonium*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Jovene, Napoli 1948, pp. 676-688
- Volterra E., *Quelques observations sur le mariage des filii familias*, in *RIDA*, 1 (1948), pp. 213-242
- Volterra E., *La nozione giuridica del conubium*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. 2, Giuffrè, Milano 1950, pp. 347-384 (= *Scritti giuridici*, vol. 2, *Famiglia e successioni*, Jovene, Napoli 1991, pp. 283-320)

- Volterra E., *Sulla condizione dei figli dei peregrini cui veniva concessa la cittadinanza romana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. 2, Giuffrè, Milano 1951, pp. 645-672
- Volterra E., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. 4, *Filosofia del diritto, storia del diritto italiano, altre scienze giuridiche e storiche*, Giuffrè, Milano 1963, pp. 639-658 (= *Scritti giuridici*, vol. 2, *Famiglia e successioni*, Jovene, Napoli 1991, pp. 491-507)
- Volterra E., s.v. *Conubium*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 4, Utet, Torino 1968, pp. 786-787
- Volterra E., s.v. *Divorzio. Diritto romano*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 6, Utet, Torino 1968, pp. 62-64
- Volterra E., s.v. *Sponsali*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 6, Utet, Torino 1970, pp. 3-14
- Volterra E., *Inustum matrimonium*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. 2, Istituto editoriale cisalpino La Goliardica, Milano 1972, pp. 441-470
- Volterra E., *Sull'unione coniugale del funzionario della provincia*, Germania 1972
- Volterra E., *Precisazioni in tema di matrimonio classico*, in *BIDR*, 17 (1975), pp. 245-270
- Volterra E., s.v. *Matrimonio (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. 25, Giuffrè, Milano 1975, pp. 726-807 (= *Scritti giuridici*, vol. 3, *Famiglia e successioni*, Jovene, Napoli 1991, pp. 223-304)
- Volterra E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Edizioni Ricerche, Roma 1977
- Volterra E., *Consensus facit nuptias. La definizione essenziale giuridica del matrimonio: atti del Colloquio romanistico-canonistico 13-16 marzo 1979*, Libreria editrice della Pontificia Università Lateranense, Roma 1980, pp. 44-56
- Volterra E., *Per la storia dell' 'accusatio iure mariti vel patris'*, in *Scritti giuridici*, vol. 1, *Famiglia e successioni*, Jovene, Napoli 1991, pp. 219-278
- Volterra E., *In tema di 'accusatio adulterii'. I. L' 'adulterium' della 'sponsa'. II. L' 'adulterium' dell' 'uxor in captivitate'*, in *Scritti giuridici*, vol. 1, *Famiglia e successioni*, Jovene, Napoli 1991, pp. 313-328
- Volterra E., *Ancora sulla legislazione imperiale in tema di divorzio*, in *Scritti giuridici*, vol. 4, *Le fonti*, Jovene, Napoli 1993, pp. 521-528
- Volterra E., *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *Scritti giuridici*, vol. 7, *Diritto criminale e diritti dell'antico oriente mediterraneo*, Jovene, Napoli 1999, pp. 209-267

~ W ~

- Watson A., *Captivitas and Matrimonium*, in *TvR*, 29/2 (1961), pp. 243-259
- Wolff H. J., *The lex Cornelia de captivis and the Roman law of succession*, in *TvR*, 17/2 (1941), pp. 136-183

~ Z ~

- Zablocka M., *Le modifiche introdotte nelle leggi matrimoniali augustee sotto la dinastia giulio-claudia*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 379-410
- Zaccaria A., *Due profili particolari: rappresentanza 'tollerata' nella dottrina germanica e un possibile limite alla retroattività della ratifica*, in G. Visintini (a cura di), *Rappresentanza e gestione*, Cedam, Padova 1992, pp. 125-128
- Zaccaria A., *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Giappichelli, Torino 2015
- Zaccaria A., *La natura della responsabilità per colpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.* 61/2 (2015), pp. 344-358
- Zaccaria A., *Rappresentanza apparente e 'contatto sociale': considerazioni circa il ruolo dell'affidamento nel diritto civile italiano*, in *Studium Iuris*, 10 (2016), pp. 1161-1166
- Zaccaria A., *'Contatto sociale' e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus civile*, 3 (2017), pp. 185-193 (= *Principi, regole, interpretazione*).

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele, vol. 3, Universitas Studiorum, Mantova 2017, pp. 611-620)

Zatti P., *Manuale di diritto civile*, Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2015⁶

Zimmermann R., *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Juta & Co., Cape Town 1990

Zirafa V., *L'apparenza del diritto: una recente applicazione del principio nell'ambito delle associazioni dilettantistiche sportive (nota a Cass. Civ., 27 gennaio 2015, n. 1451)*, <<http://www.ildirittoamministrativo.it>>

PREMIO TESI DI DOTTORATO

ANNO 2007

- Bracardi M., *La Materia e lo Spirito. Mario Ridolfi nel paesaggio umbro*
Coppi E., *Purines as Transmitter Molecules. Electrophysiological Studies on Purinergic Signalling in Different Cell Systems*
Mannini M., *Molecular Magnetic Materials on Solid Surfaces*
Natali I., *The Ur-Portrait. Stephen Hero ed il processo di creazione artistica in A Portrait of the Artist as a Young Man*
Pretetto L., *Imprenditore ed Università nello start-up di impresa. Ruoli e relazioni critiche*

ANNO 2008

- Bemporad F., *Folding and Aggregation Studies in the Acylphosphatase-Like Family*
Buono A., *Esercito, istituzioni, territorio. Alloggiamenti militari e «case Herme» nello Stato di Milano (secoli XVI e XVII)*
Castenasi S., *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*
Colica G., *Use of Microorganisms in the Removal of Pollutants from the Wastewater*
Gabbiani C., *Proteins as Possible Targets for Antitumor Metal Complexes: Biophysical Studies of their Interactions*

ANNO 2009

- Decorosi F., *Studio di ceppi batterici per il biorisanamento di suoli contaminati da Cr(VI)*
Di Carlo P., *I Kalasha del Hindu Kush: ricerche linguistiche e antropologiche*
Di Patti F., *Finite-Size Effects in Stochastic Models of Population Dynamics: Applications to Biomedicine and Biology*
Inzitari M., *Determinants of Mobility Disability in Older Adults: Evidence from Population-Based Epidemiologic Studies*
Macri F., *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*
Pace R., *Identità e diritti delle donne. Per una cittadinanza di genere nella formazione*
Vignolini S., *Sub-Wavelength Probing and Modification of Complex Photonic Structures*

ANNO 2010

- Fedi M., *«Tuo lumine». L'accademia dei Risvegliati e lo spettacolo a Pistoia tra Sei e Settecento*
Fondi M., *Bioinformatics of genome evolution: from ancestral to modern metabolism. Phylogenomics and comparative genomics to understand microbial evolution*
Marino E., *An Integrated Nonlinear Wind-Waves Model for Offshore Wind Turbines*
Orsi V., *Crisi e Rigenerazione nella valle dell'Alto Khabur (Siria). La produzione ceramica nel passaggio dal Bronzo Antico al Bronzo Medio*
Polito C., *Molecular imaging in Parkinson's disease*
Romano R., *Smart Skin Envelope. Integrazione architettonica di tecnologie dinamiche e innovative per il risparmio energetico*

ANNO 2011

- Acciaioi S., *Il trompe-l'œil letterario, ovvero il sorriso ironico nell'opera di Wilhelm Hauff*
Bernacchioni C., *Sfingolipidi bioattivi e loro ruolo nell'azione biologica di fattori di crescita e citochine*
Fabbri N., *Bragg spectroscopy of quantum gases: Exploring physics in one dimension*
Gordillo Hervás R., *La construcción religiosa de la Hélade imperial: El Panhelenion*
Mugelli C., *Indipendenza e professionalità del giudice in Cina*
Pollastri S., *Il ruolo di TAF12B e UVR3 nel ciclo circadiano dei vegetali*
Salizzoni E., *Paesaggi Protetti. Laboratori di sperimentazione per il paesaggio costiero euro-mediterraneo*

ANNO 2012

- Evangelisti E., *Structural and functional aspects of membranes: the involvement of lipid rafts in Alzheimer's disease pathogenesis. The interplay between protein oligomers and plasma membrane physicochemical features in determining cytotoxicity*
- Bondi D., *Filosofia e storiografia nel dibattito anglo-americano sulla svolta linguistica*
- Petrucci F., *Petri Candidi Decembrii Epistolarum iuveniliū libri octo. A cura di Federico Petrucci*
- Alberti M., *La 'scoperta' dei disoccupati. Alle origini dell'indagine statistica sulla disoccupazione nell'Italia liberale (1893-1915)*
- Gualdani R., *Using the Patch-Clamp technique to shed light on ion channels structure, function and pharmacology*
- Adessi A., *Hydrogen production using Purple Non-Sulfur Bacteria (PNSB) cultivated under natural or artificial light conditions with synthetic or fermentation derived substrates*
- Ramalli A., *Development of novel ultrasound techniques for imaging and elastography. From simulation to real-time implementation*

ANNO 2013

- Lunghi C., *Early cross-modal interactions and adult human visual cortical plasticity revealed by binocular rivalry*
- Brancasi I., *Architettura e illuminismo: filosofia e progetti di città nel tardo Settecento francese*
- Cucinotta E., *Produzione poetica e storia nella prassi e nella teoria greca di età classica*
- Pellegrini L., *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*
- Locatelli M., *Mid infrared digital holography and terahertz imaging*
- Muniz Miranda F., *Modelling of spectroscopic and structural properties using molecular dynamics*
- Bacci M., *Dinamica molecolare e modelli al continuo per il trasporto di molecole proteiche - Coarse-grained molecular dynamics and continuum models for the transport of protein molecules*
- Martelli R., *Characteristics of raw and cooked filets in species of actual and potential interest for italian aquaculture: rainbow trout (*oncorhynchus mykiss*) and meagre (*argyrosomus regius*)*

ANNO 2014

- Lana D., *A study on cholinergic signal transduction pathways involved in short term and long term memory formation in the rat hippocampus. Molecular and cellular alterations underlying memory impairments in animal models of neurodegeneration*
- Lopez Garcia A., *Los Auditoria de Roma y el Athenaeum de Adriano*
- Pastorelli G., *L'immagine del cane in Franz Kafka*
- Bussoletti A., *L'età berlusconiana. Il centro-destra dai poli alla Casa della Libertà 1994-2001*
- Malavolti L., *Single molecule magnets sublimated on conducting and magnetic substrates*
- Belingardi C., *Comunanze urbane. Autogestione e cura dei luoghi*
- Guzzo E., *Il tempio nel tempio. Il tombeau di Rousseau al Panthéon di Parigi*

ANNO 2015

- Lombardi N., *MEREAFAPS: uno Studio di Farmacovigilanza Attiva e Farmacoepidemiologia in Pronto Soccorso*
- Baratta L., *«A Marvellous and Strange Event». Racconti di nascite mostruose nell'Inghilterra della prima età moderna*
- Richichi I.A., *La teocrazia: crisi e trasformazione di un modello politico nell'Europa del XVIII secolo*
- Palandri L., *I giudici e l'arte. Stati Uniti ed Europa a confronto*
- Caselli N., *Imaging and engineering optical localized modes at the nano scale*
- Calabrese G., *Study and design of topologies and components for high power density dc-dc converters*
- Porzilli S., *Rilevare l'architettura in legno. Protocolli metodologici per la documentazione delle architetture tradizionali lignee: i casi studio dei villaggi careliani in Russia*

ANNO 2016

- Martinelli S., *Study of intracellular signaling pathways in Chronic Myeloproliferative Neoplasms*
Abbado E., *“La celeste guida”. L’oratorio musicale a Firenze: 1632-1799*
Focarile P., *I Mannelli di Firenze. Storia mecenatismo e identità di una famiglia fra cultura mercantile e cultura cortigiana*
Nucciotti A., *La dimensione normativa dell’imprenditorialità accademica. Tre casi di studio sugli investigatori principali, i loro gruppi di ricerca e i fattori di innesco dell’imprenditorialità accademica*
Peruzzi P., *La inutilizzabilità della prestazione*
Lottini E., *Magnetic Nanostructures: a promising approach towards RE-free permanent magnets*
Uricchio T., *Image Understanding by Socializing the Semantic Gap*

ANNO 2017

- Valenti R., *Cerebral Small Vessel Disease and Cerebral Amyloid Angiopathy: neuroimaging markers, cognitive features and rehabilitative issues*
Starnini M., *L’uomo tutto intero. Biografia di Carlo Livi, psichiatra dell’Ottocento*
Verardi D., *La scienza e i segreti della natura a Napoli nel Rinascimento: la magia naturale di Giovan Battista Della Porta*
Minicucci G., *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*
Pattelli L., *Imaging light transport at the femtosecond scale: a walk on the wild side of diffusion*
Egea Molines M.T., *Etnobotánica en el Alto Valle del Reno (Toscana y Emilia-Romaña, Italia). Etnobotanica nell’Alta Valle del Reno (Toscana ed Emilia-Romagna, Italia)*
Romano I.M., *Pressione turistica sul Centro Storico di Firenze - sito UNESCO. Un modello per la valutazione dell’impatto percettivo*

ANNO 2018

- Costa A., *Histaminergic neurotransmission as a gateway for the effects of the fat sensing molecule Oleylethanolamide. Focus on cognition and stress-reactivity*
Solera D., *«Sotto l’ombra della patente del Santo Ufficio». I familiares dell’Inquisizione romana tra XVI e XVII secolo*
Landi G., *Secession and Referendum. A new Dimension of International Law on Territorial Changes?*
Sacchetti A., *La costituente libertaria di Camillo Berneri. Un disegno politico tra federalismo e anarchismo*
Livi L.F., *New quantum simulations with ultracold Ytterbium gases*
Bellini E., *Ambienti sensoriali “terapeutici” che rendono Abili. Un progetto integrato di vita per persone con Disturbi dello Spettro Autistico*
Piscitelli L.R., *Serviceability and post-failure behaviour of laminated glass structural elements*

ANNO 2019

- Molinaro A., *New insights into creatine transporter deficiency. Identification of neuropathological and metabolic targets for treatment*
Romano M., *Soldati e neuropsichiatria nell’Italia della Grande Guerra. Controllo militare e pratiche assistenziali a confronto (1915-1918)*
Venturi M.T., *«Io vivo fra le cose e invento, come posso, il modo di nominarle». Pier Paolo Pasolini e la lingua della modernità*
Rossi F., *Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell’esperienza giuridica di Roma antica*
Turrini L., *Development of optical methods for real-time whole-brain functional imaging of zebrafish neuronal activity*
Moschetti V., *Camere Azzurre. Costruzione di un’antologia mediterranea. Da Palladio a Peter Märkli*
Talluri L., *Micro turbo expander design for small scale ORC. Tesla turbine*

Apparenza del diritto e rapporti di fatto nell'esperienza giuridica di Roma antica

Il volume prende in esame la dialettica tra fatto e diritto nell'esperienza giuridica di Roma alla luce del principio di apparenza del diritto. Per ciascuna delle principali manifestazioni del principio di apparenza (erede apparente, creditore apparente, rappresentante apparente) è individuato un possibile antecedente storico nel diritto romano (*possessor pro herede, falsus creditor, falsus procurator*), di cui viene proposta una dettagliata analisi sulla base delle fonti antiche e delle interpretazioni dottrinali. Sono poi esaminati i rapporti familiari di fatto (relazioni *more uxorio, matrimonium iniustum* e concubinato), in quanto riconducibili a loro volta al principio di apparenza. La ricerca, interrogandosi sulle ragioni dell'estensione della disciplina giuridica alla fattispecie apparente, individua una tendenza comune ai vari fenomeni che, pur eterogenei, esprimono la medesima tensione tra fatto e diritto presente negli ordinamenti giuridici di ogni epoca storica.

FRANCESCA ROSSI è dottore di ricerca in Scienze Giuridiche (indirizzo Teoria e Storia del Diritto) presso l'Università di Firenze, dove è attualmente titolare di un assegno di ricerca. Laureata in giurisprudenza col massimo dei voti e lode nel 2013, ha conseguito nel 2015 il diploma presso la "Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali" (S.S.P.L.) e nel 2016 l'abilitazione all'esercizio della professione forense.